Germany

Historisch-dogmatische Darstellung

der Lehre

von der

richterlichen

Strafänderungsbefugniß

nach gemeinem und particularem deutschen, sowie nach französischem Recht.

Von der Münchener Juristenfacultät im Jahre 1862 gekrönte Preisschrift.

Inauguralabhandlung

zur

Erlangung des juristischen Doctorgrades

von

Karl Lippmann.

Nördlingen.

Druck und Verlag der C. H. Beck'schen Buchhandlung.

Forty
L

Motto: „Maß für Maß".

Seinem Vater

Franz Alexander Lippmann,

königl. bayr. Bezirksgerichts-Director,

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Erst, wenn das Strafrecht eines Volkes die frühesten Phasen der Entwicklung durchlaufen hat, tritt an dasselbe die Anforderung, das Verhältniß zwischen Richter und Gesetz zu regeln. Nicht nur muß das öffentliche Strafrecht bereits zum Durchbruch gekommen sein, — es müssen bereits die Anschauungen des Volks in Gewohnheitsrecht oder geschriebenem Gesetz eine feste Form gewonnen haben; es muß endlich bereits die Verwirklichung dieser Normen bestimmten Organen übertragen sein. Ist die Scheidung zwischen gesetzgebender und richterlicher Gewalt vollzogen, so erwächst letzterer die Aufgabe, den Geist des Gesetzes lebendig zu machen und hiedurch für erstere die Nothwendigkeit, der richterlichen Gewalt eine gewisse Freiheit der Bewegung zu gestatten. Maßgebend sind hiebei die Anschauungen des Volkes über die Strafbarkeit überhaupt, sein Gerechtigkeitsgefühl. Sie sind aber der Ausdruck der Gesittung des Volkes, und wie sich diese nicht sprungweise, sondern nur allmählig entwickelt, so ist auch diese Periode keine in sich abgeschlossene, sondern es reichen in sie noch Elemente früherer herüber, aus welchen die spätere zum Theil ihren Stoff entlehnt. Nachzuweisen, welche Anschauungen in den das deutsche Strafrecht bildenden Elementen für die Regelung des Verhältnisses von Richter und Gesetz maßgebend waren, welche Ideen unter dem Einfluß neuer Richtungen und Tendenzen in den verschiedenen Perioden der Entwicklung des Strafrechts abgestreift wurden, das Bestehende an die geschichtlichen Voraussetzungen anzuknüpfen, — das ist die Aufgabe, welche sich der Verfasser gestellt hat. Inwieweit es ihm ge-

lungen, derselben zu entsprechen, muß er der Beurtheilung des größern juristischen Publikums überlassen, dem nunmehr dieser Erstlingsversuch dargeboten wird. Möge er sich von dieser Seite derselben Nachsicht zu erfreuen haben, mit welcher es der Münchner Juristenfacultät gefallen, die Bestrebungen des Verfassers aufzunehmen, für deren wohlwollende Beurtheilung er sich nicht versagen kann, auch an diesem Orte seinen ehrerbietigsten Dank auszusprechen.

Römisches Recht.

So lange die Criminaljurisdiktion vom Volksgerichte als dem Repräsentanten des souveränen Volkes ausgeübt wurde, war die gesetzgebende und die richterliche Gewalt in einer Hand vereinigt[1]). Eine Scheidung der beiden Gewalten trat erst mit der Uebertragung der richterlichen Gewalt an besondere ständige Kommissionen (Quaestiones perpetuae) ein. Diese Trennung führte im schroffsten Gegensatze zu der früheren Periode in Folge der eigenthümlichen Organisation der quaestiones perpetuae zu der strengsten Gebundenheit des Strafrichters an das Gesetz[2]). Für besondere Verbrechen oder Verbrechensgruppen eingeführt und mit den vollständigsten Anweisungen über die verpönten Handlungen, deren Strafe und den Prozeßgang versehen, bildete jede dieser Quästionen ein in sich abgeschlossenes Ganzes, welches in jeder Weise ein Ueberschreiten der durch die Lex gezogenen Grenzen unbedingt ausschloß. Sowie sich daher die Verhandlung lediglich auf die Prüfung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des in der fraglichen Lex enthaltenen Verbrechens zu beschränken hatte, so war auch dem Urtheil kein weiterer Spielraum gegeben, als die Abstimmung über die Strafe eben der betreffenden Lex. Somit hatten die Richter keine andere Wahl als die zwischen voller Verurtheilung und gänzlicher Freisprechung. Eine Rücksichtnahme auf die Gliederungen der Schuld nach objectiven und subjectiven Momenten in der Weise, daß eine der concreten Schuld entsprechende Strafe hätte verhängt werden können, war damit ausgeschlossen[3]). Dessenungeachtet kann natürlich nicht angenommen werden, daß solche die Strafbarkeit erhöhende oder vermindernde Umstände ohne allen Einfluß geblieben und daß die Anschauungen, welche in einer spätern Periode ihren Ausdruck in der

Quaestione perpetuae.

---

[1]) Rein, Crim.-Recht der Römer p. 56. 220.

[2]) Rein l. c. p. 232. — Geib, Geschichte des Criminalprozesses p. 363. — Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts p. 29.

[3]) Platner, Quaestiones de jure crim. Romano p. 82. 83. — Köstlin, Gesch. p. 29. — Geib, Geschichte d. Crim.proz. p. 363 u. p. 299—302.

Aenderung der gesetzlichen Strafe fanden, das Product fremder, nicht schon in der frühern vorhandener Elemente, gewesen. Gerade weil nur die Alternative zwischen Verurtheilung und Freisprechung gegeben war, und sich somit die ganze Wucht des Anklage- und Vertheidigungsbeweises sich nun auf das eine oder das andere zu richten hatte, mußte ihr Einfluß ein um so bedeutenderer sein. Gesteigert war er noch dadurch, daß auch die quaestiones perp. noch ganz den Charakter der Volksgerichte bewahrt hatten, und ihre Entscheidung weniger ein Ausspruch über das der Beurtheilung vorliegende Verbrechen als über die ganze Persönlichkeit war. Es ergibt sich dieß aus der Art und Weise, wie die Anklage und die Vertheidigung geführt und von beiden Seiten alle oratorischen Künste aufgeboten wurden, um in der einen oder andern Richtung auf die Stimmung der Urtheilenden zu wirken[1]). Umstände und Gründe, welche die Verschuldung modifizirt erscheinen ließen und später zu einer Aenderung der gesetzlichen Strafe führten, wurden damals hervorgehoben, entweder um eine Freisprechung zu erzielen, oder, um ja die Verurtheilung durch Erregung des Hasses und des Abscheus der Richter unausbleiblich zu machen.

Dieses Gerichtsverfahren (ordo judiciorum publicorum) war, ganz auf republikanischer Grundlage beruhend, mit dem monarchischen Prinzipe des Kaiserthums unverträglich. Durch allmählige Erweiterung der dem Senat und dem Praefectus urbi eingeräumten Jurisdiction gelang es allmählig, dem alten ordo judiciorum den Boden unter den Füßen wegzuziehen und die cognitio extraordinaria an seine Stelle zu setzen.[2]).

Cognitio extra ordinem.

Der Durchbruch dieser cognitio extra ordinem entfesselte das in den starren Formalismus des Quästionenprozesses gebannte richterliche Ermessen, das sich nun bei freierer Bewegung bald nach dem Vorbilde der schon früher vom Senate in Ausnahmsfällen geübten Jurisdiktion eine andere Aufgabe, als die bisherige stellte, nämlich die allseitige Würdigung der verbrecherischen That. So trat an die Stelle der Entscheidung über die Persönlichkeit die Entscheidung über die concrete Schuld, in ihrem Gefolge die Würdigung der die Schuld modifizirenden Momente in der Verhängung einer der Verschuldung entsprechenden Strafe.[3]).

Diese Umwandlung fand ihren vollen Ausdruck in den damals erlassenen Instruktionen an die Strafrichter, in welchen dieselben auf die Berücksichtigung der kleinsten Nebenumstände des Verbrechens ver-

---

[1]) Geib, Gesch. d. Kr.-Pr. p. 299. Cicero Orator. c. 21. Erit eloquens is, qui in foro ita dicet, ut probet, ut delectet, ut flectat. . . . flectere victoriae nam id unum ex omnibus ad obtinendas causas potest plurimum. In flectendo una vis oratoris est.

[2]) Schon frühzeitig hatte der Senat die Befugniß ex officio insbesondere bei staatsgefährlichen Handlungen einzuschreiten und Strafe zu verhängen. Hiebei war er an die Vorschriften des ordo judiciorum publ. nicht gebunden. Platner, Quaest. p. 84. 85. 89. — Rein, Crim.R. d. R. p. 67 ff.

[3]) Köstlin, Gesch. p. 45.

wiesen werden, und die Regel offen ausgesprochen wird, es solle für ein Verbrechen nicht mehr ein und dieselbe Strafe, sondern je nach der Verschiedenheit der die Strafbarkeit erhöhenden oder mindernden Umstände bald eine härtere, bald eine leichtere Strafe ausgesprochen werden.[1]) Hand in Hand damit ging die Opposition gegen bloße Gefühlsrücksichten und das Bestreben, die Richter an die Beobachtung bloß juristischer Gründe zu gewöhnen. Damit war aber die Stellung der Richter eine wesentlich verschiedene geworden. Schon längst, als Rechtsgelehrte, die Repräsentanten der Volksansichten über Verbrechen und deren Strafbarkeit, blieben sie nicht mehr die bloßen Vollzugsorgane des Gesetzes, sondern theilten sich jetzt mit der Legislation in die Fortbildung des Rechts im Anschluß an die überlieferten Normen. Ihre erhöhte Auf-

---

[1]) Geib, Gesch. d. Crim.pr. p. 659 ff. — Pauli R. S. I. 25. §. 2. l. 13. D. poenis. Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre vel graviorem vel leviorem ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat l. 1. §. 2. D. (37. 15)... pro modo ejus vindicet. l. 4. §. 1. D. (47. 9.) . . . Et omnino ut in caeteris ita hujusmodi causis, ex personarum conditione et rerum qualitate . . . sunt aestimandi, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit. l. 11. §. 1 poenis. l. 6 ad leg. Juliam pec. fr. 45. de injuriis. Gegenüber den vielen Stellen, welche das freie Ermessen des Richters mit aller Entschiedenheit aussprechen, läßt sich die von Birnbaum gewollte Beschränkung nicht durchführen. Birnbaum (Archiv f. Kr.-R. 1832 Bd. XIII. p. 548) will aus den Sätzen multa ibi dicitur, ubi specialis poena non imposita est und multa est coërcitio specialis peccati cujus animadversio hodie pecuniaria est, den Beweis führen, führen, der Richter habe bei arbiträren Strafen nur Geldstrafen verhängen können. B. l. c. u. p. 586 ff. Die offenbar hiemit in Widerspruch stehenden Stellen sucht er mit seiner Ansicht in der Weise zu vereinigen, daß er den zum Theil vorkommenden Ausdruck „judices solent" auf eine durch Gewohnheit bestimmte Strafe deutet, zum Theil sich mit der Befugniß zur Umwandlung der Geldstrafe in eine andere für den Fall der Insolvenz zu helfen sucht, wobei er jedoch über diejenigen Stellen nicht hinwegkommt, welche eine Geldstrafe geradezu ausschließen. Die für gewohnheitsrechtlich bestimmte Strafen angezogenen Stellen sprechen aber offenbar nicht von einer Gewohnheit, auf welche sich die Richter in der Ausübung der Rechtspflege bezogen, nicht von einem Gewohnheitsrecht, auf das sie ihr Urtheil basirt hätten, sondern von einer Rechtsprechung, welche eben durch die Uebung der Richter erst Gewohnheitsrecht geworden sein mag. Für die Umwandlungsbefugniß der Geldstrafe in eine andere bringt B. nur eine von Justinian nicht gebilligte Stelle l. 4. C. Theod. de liberali causa bei. Die Verhängung der poena metalli für die humiliores an Stelle einer Gelbstrafe mag ihren Grund weniger in der inopia als in der durchgängigen Bevorzugung der honestiores haben. Abgesehen von diesen Gründen hat Platner, Quaest. p. 181. der Birnbaum'schen Argumentation die Spitze mit dem Nachweis abgebrochen, daß multa keine criminelle wegen Verletzung eines Gesetzes verhängte Strafe, sondern lediglich eine von einem Magistratus wegen Ueberschreitung eines amtlichen Erlasses verfügte Ordnungsstrafe sei. Diese verhänge der Magistrat lediglich aus eigener Competenz, während jene allerdings in einer gesetzlichen Vorschrift ihren Grund haben müsse. Das sei der Sinn des fr. 131. V. L. „poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est. Mit Recht weist Platner auch darauf hin, daß die Vorschrift, der Richter solle der concreten Verschuldung entsprechende Strafen verhängen, durch eine so enge Begrenzung illusorisch würde, während eine bloße Geldstrafe anderseits der Schwere der meisten Verbrechen nicht entsprechen würde.

gabe öffnete Thür und Thor einer schrankenlosen Freiheit des richterlichen Ermessens, das seinen Höhepunkt darin erreichte, daß sich die Gerichte unbedenklich über durch die alten leges bestimmte Strafen wegsetzten[1]) und sogar in Uebereinstimmung mit den Volksansichten Handlungen für strafbar erklärten, ohne daß irgend eine der alten leges oder ein neues Gesetz sie für strafbar erklärte.[2])

Dieser Ungebundenheit setzte die spätere Kaiserzeit in einer mitunter maßlosen Weise Schranken. Schon Constantin entzog den Gerichten das Recht der Fortbildung des Rechts, indem er sie ausschließlich der Legislation zuwies. Diese der Freiheit der Gerichte feindliche Richtung gipfelte in der Entziehung der Interpretationsbefugniß, die auch Justinian in bekannter Weise als ausschließliches Recht des Kaisers in Anspruch nahm.[3]) Nicht wenige Verordnungen aus der spätern Kaiserzeit mahnen den Richter an die genaueste Beobachtung der Gefahr und bedrohen mit strenger Strafe denjenigen, der sich hiegegen einen Verstoß zu Schulden kommen ließe.[4]) Dennoch dauerte aber die Unbestimmtheit der Gesetze selbst fort und fand selbst in die Sammlung Justinians Eingang. Jene Reihe von Vorschriften, wornach entweder bloß alternative Strafen aufgestellt werden, oder die Bestimmung der Strafe dem Ermessen des Richters anheimgestellt wird, oder wodurch er ausdrücklich die Anweisung erhielt, je nach den Umständen eine Strafe zu verhängen, sind in ihr aufgenommen[5]). Diese Bestimmungen zusammengehalten mit jenen, welche den Richtern die strengste Beobachtung der Gesetze auf die Seele binden, berechtigen für das Justinianische Recht zu dem Schluß, daß zwar der Richter nicht unbedingt gebunden ist, eine durch ein Gesetz bestimmte Strafe in jedem Fall zu verhängen, eine Aenderung ihm aber nur auf Grund eines gesetzlich anerkannten Motivs zustehe.[6])

Es ist daher zu untersuchen, welche Gründe als gesetzlich anerkannte geltend gemacht werden können.

---

[1]) Pauli R. S. V. 23. 1, Collatio legg. Mos. et Rom. I. 2. VIII. 4.

[2]) l. 9. 10. D. extr. crim. l. 135. 1. V. S.

[3]) l. 12. §. 1. C. de legg. L. 2. §. 21. C. de veter. jur. enucl.

[4]) l. 8. §. 2. C. (9. 12.) Judicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit . . . vel impunitate donaverit aut molliorem, quam praestituimus, poenam protulerit. Inst. IV. 17. p. 1. In primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus, aut constitutionibus proditum est. Nov. LXXX. 13. Omnis autem judex . . . sequatur legem . . . nos enim volumus obtinere, quod nostrae volunt leges. — Nov. CXIII. c. 1. 2. enthält die Anweisung, genau nach den Gesetzen zu verfahren und zu entscheiden. Die Interpretation soll vom Kaiser erholt werden. . . . Si tamen judici dubitatio quaedam circa legem aliquam oriatur id ad potent. nostram referat et a nobis negotii scriptam explanationem vel interpretationem accipiat ac secundum eum decidat litem.

[5]) Geib, Geschichte des Criminalprozesses p. 663.

[6]) Rein a. a. O. p. 232. 237.

Schärfungsgründe.

Die Befugniß des Richters, von der gesetzlichen Strafe abzuweichen, äußert sich in einer doppelten Richtung, sowohl in der Erkennung einer schwerern Strafe als der gesetzlich normirten als auch in der Ertheilung einer leichtern. Für die Ermächtigung zur Strafschärfung finden sich in den Quellen verhältnißmäßig nur wenige Belege und diese zum größten Theil nur bei einzelnen Verbrechen.

1) Für die härtere Bestrafung des Rückfalls werden angeführt: Rückfall.

a) l. 28. §. 3. D. (48. 19.) Es ist hier von einer gewissen Klasse von Tumultuanten die Rede, deren Treiben, wie es scheint, für die öffentliche Sicherheit gefährlich wurde. Das erstemal sollen sie mit körperlicher Züchtigung oder mit der Untersagung des Besuchs der Schauspiele davonkommen. Bei abermaligem Betreten (quod si ita correcti in eisdem deprehendantur) sollen sie mit dem Exil, mitunter sogar mit dem Tode bestraft werden, insbesondere wenn sie öfters Unruhe erregt und trotz der Bestrafung in ihrem verwegenen Beginnen verharrten;

b) ferner l. 3. §. 9. D. (49. 16), wornach Rekruten wegen Desertion, wenn sie innerhalb einer bestimmten Zeit sich wieder gestellt, begnadigt (oder milder bestraft: parcendum est) im Wiederholungsfalle jedoch bestraft werden;

c) l. 4. C. (6. 1.) welche eine erhöhte Geldstrafe auf die wiederholte Aufnahme von flüchtigen Sklaven setzt;

d) l. 1. D. (37. 14), wornach der Freigelassene, der sich der Nichtachtung seines Patrons wiederholt nach erfolgter Bestrafung schuldig macht, mit einer härtern Strafe belegt wird;

e) l. u. C. (10. 20), wornach die wiederholte Eintreibung ungesetzlicher Steuern sogar mit Capitalstrafe geahndet werden soll.

Wenn nun auch den sub a, b, c angeführten Gesetzen eine höhere Bedeutung als die blos polizeilicher und disciplinärer Maßregeln, worauf sie Roßhirt[1]) beschränken will, beigelegt werden muß, so muß doch zugegeben werden, daß diese Stellen zu wenig Anhaltspunkte bieten, um aus ihnen einen allgemeinen Schärfungsgrund zu abstrahiren[2]). Immerhin sind sie jedoch von Interesse für die im römischen Recht niedergelegten Ansichten über die Strafbarkeit des Rückfalls. Es liegt diesen Strafbestimmungen offenbar die auf der Abschreckungstheorie beruhende Idee zu Grunde, daß derjenige, der durch die Begehung eines Verbrechens die Rache der Staatsgewalt herausgefordert, mag sie ihn nun wirklich getroffen oder noch verschont haben, durch die abermalige Verübung derselben That eine solche Unverbesserlichkeit an den Tag lege, daß eine schwerere Ahndung verdient und im Interesse des Staats geboten erscheine.

---

[1]) Roßhirt, Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts p. 45—47.
[2]) Rein a. a. O. p. 235.

2) Als allgemeine Schärfungsgründe dagegen dürfen für das römische Recht unbedenklich angenommen werden: persönliche Verhältnisse des Verletzers zum Verletzten[1]) und

3) der Rang und Stand desjenigen, gegen den das Verbrechen begangen wurde[2]).

Wenn auch der letztere Grund von der spätern Doctrin mit Recht verworfen wurde, so ist die Rücksichtnahme auf den Rang und Stand der Person im römischen Recht unzweifelhaft begründet[3]). Die Aussprüche der Quellen sind hierüber so klar, daß die Anführung einer einzigen genügt l. 16. §. 3. D. poenis. aliter punitur, qui quid in dominum parentemve ausus est, quam qui in extraneum . . . in magistratum vel in privatum.

4) Rein erwähnt noch die Bestimmungen über die höhere Strafbarkeit der injuria atrox. Die atrox injuria ist aber nur eine höhere Art derselben Gattung von Delicten und die atrocitas selbst besteht in Momenten, die für die injuria selbst durchaus nichts Eigenthümliches haben, Schwere der Beleidigung, Rang und Stand des Verletzten, der Ort, wo die Injurie verübt wurde[4]) 2c. Hierauf und auf die l. 16. §. 4. D. (48. 19.) Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit etc. wird als weiterer Schärfungsgrund der Ort der Verletzung geltend gemacht.[5]) Daß die l. 16. §. 4. D. poen. nicht von Strafschärfung, sondern von der Verschiedenheit der Merkmale im Thatbestand der verschiedenen Verbrechen spricht, bedarf kaum einer besondern Hervorhebung, und aus der sub Note 4 citirten Institutionenstelle kann wohl nur ein besonderes die Strafbarkeit der Injurie erhöhendes Moment entnommen werden, das eben gerade für die Injurie von hervorragender Bedeutung ist.

Für den Schärfungsgrund der Häufigkeit der Verbrechen an dem Orte, wo es begangen wurde, beruft man sich auf l. 16. §. 10. D. (48. 19.[6]) und l. 1. pr. D. (47. 14.[7]) Die eine Stelle referirt, daß manchmal die Strafen der Verbrechen geschärft werden, insbesondere, so oft das Ueberhandnehmen des Verbrechens ein energisches abschreckendes

---

[1]) Dafür Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts p. 231.

[2]) l. 28. §. 2. D. (48. 19.) Rein l. c. 235.

[3]) l. 16. §. 3. D. (48. 19.) Inst. IV. 4. 9. Aliter enim Senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personae injuria aestimatur l. 28. §. 2. D. poen.

[4]) Inst. IV. 4. 9. atrox injuria aestimatur vel ex facto . . . vel ex loco . . . vel ex persona, veluti si Magistratus injuriam passus fuerit . . .

[5]) Auch von Wächter a. a. O. p. 231. Thl. I.

[6]) l. 16. §. 10. D. (48. 19.) Nonnunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimirum multis personis grassantibus exemplo opus sit.

[7]) l. 1. pr. (D. 47. 14.) De abigeis puniendis ita D. Hadrianus rescripsit: Abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent, punitur autem non ubique, sed ubi frequentius est id genus maleficii.

Einschreiten erfordern. Dem in der andern Stelle mitgetheilten Rescripte Hadrians über die Bestrafung des Abigeats, das in der Provinz, für welche das Rescript bestimmt ist, besonders häufig geworden zu sein scheint, liegt dieselbe Abschreckungstendenz zu Grunde. l. 16. (von Saturnin) berichtet jedoch nur und zwar aus einer Zeit, in welcher, wie oben ausgeführt, dem richterlichen Ermessen der allerweiteste Spielraum gegönnt war, während das Rescript Hadrians eine specielle Verfügung enthält, die mehr criminalpolitischen Erwägungen als juristischen Gründen ihren Ursprung verdanken mochte.[1])

Nicht im Mindesten stichhaltiger sind die für die Ueberwindung besonderer Hindernisse beigebrachten Belege.[2]) Die hiefür allegirten Gesetzesstellen[3]) handeln von der Selbstbefreiung aus dem Gefängniß und der Bestrafung gefährlicherer Diebe. Je nachdem erschwerende Umstände mit einem dieser Verbrechen verbunden, insbesondere Einbrechen ꝛc. soll eine härtere Strafe erkannt werden. Daß aber hierin nichts anderes gesehen werden kann, als Bestimmungen über die Bestrafung der verschiedenen Arten desselben Verbrechens, ergibt sich schon daraus, daß die Römer für alle Arten der gefährlicheren Diebe besondere Namen erfunden hatten (expilatores, directarii etc.). Dieselben Stellen werden in Verbindung mit andern, aus welchen sich ebensowenig mit Sicherheit abstrahiren läßt[4]), für den Schärfungsgrund des Verbundenseins mit Andern, Komplotts ꝛc. hervorgehoben.

Milderungsgründe.

Reichhaltiger fließen die Quellen über die Befugniß des Richters, je nach Umständen eine mildere als die gesetzliche Strafe zu verhängen.

Als erster Milderungsgrund tritt uns das jugendliche Alter entgegen. Die Periode der völligen Straflosigkeit schließt für das römische Recht mit der infantia, dem 7. Jahre, ab. Bis dahin kann das Kind über eine strafbare Handlung wegen des Mangels der Einsicht in die Strafbarkeit seines Thuns (innocentia consilii) nicht zur Rechenschaft gezogen werden.[5]) Von da ab fällt es der Prüfung des Rich- Jugend.

---

[1]) Rein sieht in der ersten Stelle, die er allein anführt, auch nur eine politische Maßregel.

[2]) Erwähnt bei Wächter, der sich aber nicht darüber ausspricht Thl. I. p. 231.

[3]) l. 172. D. (47. 18.) l. 74. D. (47. 18.)

[4]) l. 172. Die durch die Nachlässigkeit der Wächter entkommenen Sträflinge trifft eine geringere Strafe, als diejenigen, welche in Verabredung ausgebrochen. l. 13. D. (48. 3.) Diejenigen, welche ausgebrochen sind, sollen, auch wenn sie wegen des Verbrechens, das ihre Verhaftung nach sich gezogen, freigesprochen würden, dennoch wegen der Selbstbefreiung gestraft werden. l. 5. D. (49. 16.) Verschiedene Bestrafung die Deserteure, je nachdem sie allein oder mit mehreren desertirt sind. l. 11. p. D. (48. 6) verhängt Todesstrafe auf das Ausplündern fremder Häuser.

[5]) l. 5. §. 2. D. (9. 2.) l. 12. D. (48. 8.)

ters anheim, ob der unmündige Verbrecher schon die nöthige Reife des Geistes (rei intellectus) erlangt habe, um für seine Handlung der öffentlichen Strafgewalt überwiesen werden zu können.[1]) Ob nun, wenn die Entscheidung nicht zu Gunsten des jugendlichen Verbrechers ausfiel, ihn die volle Strenge des Gesetzes traf, ist aus den Quellen nicht mit voller Sicherheit zu entscheiden. Im Zusammenhang damit steht die Frage, ob auch diejenigen, welche schon zur körperlichen Reife gelangt sind — die puberes minores — bis zu einem gewissen Grenzpunkte der jugendlichen Entwicklung einen Anspruch auf mildere Strafe haben. Mehrere Gesetze scheinen allerdings jede Nachsicht ausschließen zu wollen und zwar schon für die impuberes doli capaces.[2]) Haben selbst diese von der Milde des Richters nichts mehr zu hoffen, so ist noch weit weniger, wie Feuerbach[3]) bemerkt, an eine Berücksichtigung der minores zu denken; kann aber für letztere ein günstiges Gesetz nachgewiesen werden, so hat dieß um so mehr auch für jene Geltung. Vorangestellt werden gegen die Zulässigkeit einer Milderung wegen jugendlichen Alters die l. 14. D. 29. 5[4]) und die l. 1. C. 2. 35.[5]) Allerdings sprechen die beiden Stellen, die aus den Digesten an den speziellen Fall des S. C. Silanianum anknüpfend, die Coderstelle dagegen in ganz allgemeiner Fassung, den Grundsatz aus, daß weder die impuberes doli capaces, noch die minores durch ihr Alter von der Criminalstrafe befreit sind. Aber es darf doch nicht verkannt werden, daß die Coderstelle zunächst von der restitutio integrum spricht und daß beide auch nicht mehr sagen, als daß das Alter nicht entschuldige. Der Gegensatz ist offenbar Strafe und Straflosigkeit — über das in Mitte Liegende schweigen beide Gesetze. Es rechtfertigt sich diese Auffassung aus der Gegenüberstellung derjenigen Stellen, welche eine Rücksichtnahme auf das jugendliche Alter, die Pubertät sowohl als die Minorität, mit voller Bestimmtheit aussprechen, nämlich: l. 108. R. J. fere in omnibus poenalibus judiciis et aetati et imprudentiae succurritur. l. 1. §. 32. D. ad S. C. Silan. Impubes servus vel ancilla nondum viripotens non in eadem causa

---

[1]) l. 7. C. (9. 47) l. 23. §. 2. D. (21. 1.) l. 1. C. (9. 24) l. 6. C. (9. 16) l. 3. §. 1. D. (47. 12) doli non capaces impuberes excusati sunt. Rein l. c. p. 238. Wächter a. a. O. p. 217.

[2]) Köstlin, System des deutschen Strafrechts p. 136, es lasse sich nicht mit Sicherheit entscheiden, ob bei den impuberes doli capaces die volle Strafe eingetreten.

[3]) Feuerbach, Revision der Grundbegriffe des Crim.R. I. 375.

[4]) l. 14. D. ad S. C. Silan. Die impuberes sind von der Strafe ausgenommen, außer qui ministri vel participes caedis fuissent et ejus aetatis, ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini quam in ulla alia causa parci oportere.

[5]) l. 1. C. 2. 35. In criminibus quidem aetatis suffragio minores non juvantur: etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit, noxia non committitur, etiam si poenae causa pecuniae damnum irrogetur. . . .

erunt, aetas enim excusationem meretur und l. 37. §. 1. D. min. (4. 4), wornach Minderjährigen zumal bei schwereren Delicten die restitutio versagt werden soll, insofern nicht die Rücksicht auf das Alter den Richter zur Verhängung einer mildern Strafe bestimme.[1]) Zwar wollen die Meisten, Feuerbach, Wächter, Rein rc.[2]) diese Stellen nur auf culpose Delicte beziehen. Versteht man dies so, daß nur bei culposen, nicht bei dolosen Verbrechen eine Milderung wegen jugendlichen Alters eintrete, so ist selbst der Wortlaut der Gesetze (l. 37. §. 1. non meretur in integrum restit. utique atrocioribus, nisi quatenus miseratio ad mediocrem poenam judicem produxerit) schwer mit dieser Auffassung vereinbar, abgesehen davon, daß Gründe, welche die Jugend einer besondern Berücksichtigung empfehlen, sich nicht ausschließlich bei culposen Delicten geltend machen. Nimmt man aber mit Feuerbach[3]) an, daß unsere leges überhaupt nur von culpa sprechen, also weiter nichts sagen, als daß culpa ein Milderungsgrund sei, so ist nicht abzusehen, warum die Redactoren dieser Gesetze eine besondere Hervorhebung des Alters, der miseratio aetatis, für nothwendig erachteten, da es doch Niemanden einfallen konnte, Unmündige und Minderjährige von einer Wohlthat auszuschließen, die Jedem zukam. Man wird daher ohne Bedenken annehmen dürfen, daß das Römische Recht bei Unmündigen und Minderjährigen eine mildere Bestrafung eintreten läßt[4]). Das schließt natürlich nicht aus, daß dessenungeachtet in Fällen, in welchen ein besonders hoher Grad von Bösartigkeit hervortrat, auch die volle Strafe verhängt wurde. Ein solch hoher Grad von Corruption, der jeden Anspruchs auf eine mildere Strafe unwürdig mache, mag wohl in der Verübung gewisser Verbrechen, wie in der Theilnahme an einem Angriff auf das Leben des Herrn oder in der Verübung eines stuprum oder adulterium erblickt worden sein. In solchen Fällen würde den Schuldigen die volle Schwere der Strafe getroffen haben. Mit dieser Annahme würde sich der Widerspruch lösen, in welchem l. 14. D. 29. 5. ad SC. Sil., sowie diejenigen leges, welche bei stuprum und adulterium eine Strafmilderung auszuschließen scheinen[5]), mit der oben durchgeführten Ansicht stehen.

---

[1]) l. 37. §. 1. D. min. (4. 4) in delictis minor annis XXV non meretur in integrum restitutionem utique atrocioribus nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem produxerit. Sed ut ad legis Juliae de adulteriis coërc. praeveniamus, utique nulla deprecatio adulterii poena est, si se minor annis XXV. adulterum fateatur . . .

[2]) Feuerbach, Rev. I. p. 375. Wächter l. c. p. 223 I. Rein l. c. p. 207.

[3]) Feuerbach, Rev. I. 375.

[4]) Dieser Ansicht ist Hälschner, Preuß. Strafr. II. p. 287.

[5]) l. 13. D. (48. 5.) l. 36. Si minor annis adulterium commisit lege Julia tenetur, quoniam tale crimen post pubertatem incipit. l. 38. §. 4. h. l. . . . cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate . . . mulieres in jure errantes incesti crimine non teneri . . . cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.

Hohes Alter. Auch für den in der Doctrin vielfach besprochenen Milderungsgrund des hohen Alters will man in der l. 3 §. 7. ad Sen. c. Silan. einen Beleg gefunden haben. Selbst Rein findet hierin eine Ausnahme von der Regel, daß das Greisenalter nicht zurechnungslos sei.[1]) Es beruft diese Ausnahme auf demselben Mißverständniß, das eine Unzurechnungsfähigkeit oder doch wenigstens eine geminderte Zurechnungsfähigkeit der Taubstummen aus derselben l. 3. §. 8. beweisen will.[2]) Taubstummheit Aus dem Zusammenhang gerissen und von der ganzen Umgebung getrennt, lautet allerdings das ignoscitur etiam his, qui aetate defecti sunt und das surdus quoque inter imbecillos numerandus est verlockend genug, aber es bedürfen die Stellen nur der Vervollständigung, um die Haltlosigkeit der ganzen Abstraction darzuthun. Die l. 3. §. 7. lautet vollständig: Surdus quoque inter imbecillos numerandus est aut „inter eos qui sub eodem tecto non sunt; quia ut illi per spatium ita hic per morbum nihil audit.“ In den ersten 11 Paragraphen der lex 3 sind nämlich Fälle aufgeführt, in welchem Sklaven nicht zur Rechenschaft gezogen werden können, daß sie ihrem Herrn, der ermordet wurde, nicht zu Hilfe gekommen. Das sind nun lauter Gründe physischer Unmöglichkeit. Der Sklave, der schwer krank war, derjenige, der eingesperrt war, der sich in einem andern Hause befand, der Blinde, der nichts sah, und so der Taubstumme, der nichts hörte, der Altersschwache, der in Folge körperlicher Schwäche seinem Herrn nicht zu Hilfe eilen konnte, alle diese sind natürlich von jeder Verantwortung frei.

War somit im römischen Rechte anerkannt, daß der Entwicklungsprozeß der Freiheit bis zu einem gewissen Abschluß gediehen sein muß, wenn den Verbrecher die volle Strafe des Gesetzes treffen soll, so konnte bei der durch das neue Verfahren ermöglichten feinern Entwicklung der Begriffe über Schuld und Strafbarkeit die Erkenntniß, daß auch bei den schon auf dieser Höhe Stehenden Verhältnisse eintreten können, welche eine ähnliche Berücksichtigung wie die Jugend verdienen, nicht verfehlen, sich Geltung zu verschaffen. Es brach sich die in der Philosophie schon längst gebildete Ueberzeugung[3]) Bahn, daß es zwischen dem völlig freien, durch keine äußere Einwirkung beeinflußten Handeln und dem Handeln als bloßem Werkzeug eines Naturcausalismus ein in Mitte Liegendes gebe und fand ihren entsprechenden Ausdruck in dem Medium zwischen Strafe und Straflosigkeit, in der Milderung der auf das vorsätzlich verübte Verbrechen verhängten Strafe.

---

[1]) Rein Röm. Crim.R. p. 208.

[2]) Rein Röm. Cr.R. p. 209. „Das Römische Recht spricht nicht speciell von der criminellen Imputation der Taubstummen; daß sie inter imbecillos zu rechnen seien, wird l. 3. §. 8. S. C. Sil. ausgesprochen.“

[3]) Cicero Off. I. c. 8. In omni injustitia permultum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quae plerumque brevis est et ad tempus an consulto et cogitato fiat injuria. Leviora enim sunt quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quae meditata et praeparata inferuntur.

Als eine solche Mittelstufe erscheint das Handeln im Affect, dessen Berücksichtigung durch besondere Rescripte vorgeschrieben wurde.[1]) Zwar dürfte die für den Ehemann, der seine verletzte Hausehre im Blut der Ehebrecherin rächt, vorgeschriebene Milderung der Strafe[2]) mehr in der Rücksichtnahme auf die noch nicht völlig verschwundenen Aeußerungen der Privatstrafgewalt — hatte ja doch erst die lex Julia dem Ehemann das Recht der Selbstrache entzogen — begründet sein und dürfte in dem öfters wiederkehrenden „tractu justi doloris" mehr Nachdruck auf justi als auf doloris zu legen sein; allein allgemeine Vorschriften sowohl, als besondere über Tödtung im Affect lassen keinen Zweifel über die Anerkennung des Affects als Milderungsgrundes zu.[3]) Schwierigkeit macht nur die Feststellung der Genzen des impetus. Wie sich aus der Gegenüberstellung der Worte proposito, consulto — non occidendi animo — casu magis quam voluntate[4]) und den in den Stellen erwähnten Beispielen ergibt, bildet der impetus den Gegensatz zu der vorsätzlichen nach reiflicher Ueberlegung mit kaltem Blute ausgeführten That und schließt theils dolose theils culpose Momente in sich, indem er alle Handlungen zu umfassen scheint, welche in der Aufregung der Leidenschaft beschlossen, von einem Erfolg begleitet sind, der, wenn auch mit Bewußtsein herbeigeführt und dem erregten Willen entsprechend, eben doch nur als Folge der Aufregung erscheint und hinterher gerne als die eigene That verläugnet werden möchte, sowie auch jene, an welche sich ein nicht gewollter und nicht vorausgesehener Erfolg knüpft. Daß auch diese Mischung von culpa und dolus noch ungetrennt unter den impetus fallen, läßt sich aus den in l. 1. §. 3. D. 48. 8. angeführten Beispielen: sed si clavi percussit, aut cucuma in rixa, quamvis is ferro percussit, tamen non occidendi animo ... sowie aus der Verweisung der l. 16. §. 8. D. 48. 19. auf die sogenannten casus fortuiti, die meist gerade in solchen Fällen bestanden, erkennen. Affect.

---

[1]) Collatio legg. Rom. I. 6. 8. . . non occidendi animo Justam a se percussam esse, remissa poena homicidii . . . I. 7. 11. l. 1. §. 3. D. (48. 8).

[2]) Coll. IV. 3. IV. 5. l. 1. §. 5. D. (48. 8). l. 38. §. 8. D. (48. 5) . . . si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit . . . ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum justum dolorem temperare. l. 4. C. (9. 9.) l. 3. §. 3. D. (29. 5.)

[3]) l. 11, §. 2. D. (48. 19) delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu . . . impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur.

[4]) Cic. off. l. c. l. 1. §. 3. D. (48. 8.) D. Hadrianus rescr. eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse . . . et ex re constituendum hoc, nam si gladium strixerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse, sed si clavi percusserit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit. l. 16. §. 8. D. 48, 19. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoque facta quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam qui eum occiderit, puniat, et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum poëtam . . .

ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος

Culpa. Damit kommen wir aber an das Gebiet der Culpa, welche früher unterschiedslos mit dem casus dem dolus gegenüber gestanden war, nunmehr aber zwischen Dolus und Casus, theils mehr theils minder scharf vom Impetus abgegränzt, hervortrat und ebenfalls als Milderungsgrund zuerst festen Boden in den Gerichten gewann. Rein[1]) verwirft zwar die Culpa auch für das römische Recht als einen eigentlichen Milderungsgrund. Die culposen Delicte seien im Gegentheile eine besondere Klasse von Verbrechen, mit besonderer gesetzlicher Strafe belegt, die nicht vom Ermessen des Richters abhänge. Es ist das eine oft wiederkehrende, wohl nicht ganz zu rechtfertigende Unterscheidung. Wenn das Gesetz etwas dem Ermessen des Richters anheimstellt, so denkt es sich offenbar einen gewissenhaften Mann, der nicht nach Launen oder momentanen Einfällen sich der ihm eingeräumten Befugniß bedient, und wenn das Gesetz für culpose Delicte eine mildere Strafe festsetzt, so ist es doch in dem einen wie in dem andern Falle Sache des Richters zu erwägen, ob ein culposes Verbrechen vorliege. Consequent müßte Rein aber auch den Milderungsgrund des Affects als wirklichen verwerfen. Denn es handelt sich darum, ob das römische Recht die culpa und den impetus schon als eine besondere Schuldstufe anerkannt habe. Die nothwendige Folge dieser Entwicklung wäre aber die prinzipielle Anerkennung der criminellen Strafbarkeit der culpa gewesen. Hiefür finden sich keine Belege, wie sich überhaupt eine allgemeine criminalrechtliche Bedeutung der culpa auch für die Kaiserzeit nicht nachweisen läßt[2]). Es findet sich im Gegentheile eine Bestrafung der culpa nur bei einzelnen Delicten erwähnt, und selbst da ist es zum Theile zweifelhaft, ob wirklich criminelle Bestrafung eintrat. Insbesondere läßt sich das nicht bezüglich der Stellen behaupten, welche gewöhnlich für die Bestrafung culposer Brandstiftungen angeführt werden. Nach dem Titel XV. des I. Buches der Digesten scheint das Ueberhandnehmen von Bränden außerordentliche Sicherheitsmaßregeln nothwendig gemacht zu haben.[3]) Es wurden sieben Cohorten an geeigneten Punkten der

---

[1]) Rein Röm. Cr.R. p. 237.

[2]) Köstlin, System p. 169. Auch seit Hadrian ist es zweifelhaft, ob bei allen durch culpa begehbaren Verbrechen die römische Criminalpraxis wirklich den Fall der culposen Begehung peinlich gestraft habe.

[3]) Dig. L. I. t. XV. l. 3. pr. Nam salutem rei publicae tueri, nulli magis credidit convenire, nec alium sufficere ei rei quam Caesarem. Itaque septem cohortes opportunis locis constituit; ut binas regiones Urbis unaquaque cohors tueatur: praepositis eis Tribunis et super omnes spectabili viro, qui Praefectus vigilum appellatur. §. 1. Cognoscit Praefectus vigilum de incendariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus nisi qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut Praefecto urbi remittatur. Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit. . . . . §. 4. Ut curam adhibeant omnes inquilinos admonere, ne negligentia aliqua „incendii casus“ oriatur: praeterea ut aquam unusquisque in coenaculo habeat, jubetur admonere. . . . . l. 4. Impp. Severus et Antoninus Junio Ruf. Praefecto vigilum ita rescripserunt: Insularios et eos, „qui negligenter ignes apud se habuerint“ potes fustibus vel flagellis caedi jubere: eos autem qui dolo fecisse incendium convincentur ad F. C. Praefectum urbi remittes.

Stadt vertheilt und an ihre Spitze der Praefectus vigilum mit ausgedehnten Befugnissen, allerdings auch mit einer gewissen Strafgewalt über Diebe 2c. gestellt. Zur besondern Pflicht wurde es ihm aber gemacht, die Einwohner zur Vorsicht im Umgehen mit Feuer anzuhalten, weil schon manche Brände durch Unvorsichtigkeit entstanden waren (l. 3. §. 1. u. §. 4). So solle er auch darauf sehen, daß Jeder in seinem Hause Wasser habe (§. 4) und wen er auf einer Unvorsichtigkeit beträfe, den könne er je nach seinem Ermessen peitschen lassen oder mit einer strengen Verwarnung entlassen. Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit. Es ergibt sich daraus, daß die Verwarnung oder die körperliche Züchtigung sowohl diejenigen traf, welche wirklich durch Unvorsichtigkeit einen Brand gestiftet, als auch diejenigen, welche eben auf einer feuergefährlichen Handlung betreten wurden, und es erhält somit die ganze Verfügung einen lediglich polizeilichen Charakter. Es erhält diese Auffassung eine Bestätigung durch die l. 9. D. 47. 9[1]), wornach der dolose Brandstifter mit dem Feuertod bestraft wird, während der culpose bloß zum Schadensersatz und nur für den Fall der Zahlungsunfähigkeit zur körperlichen Züchtigung verurtheilt wird und durch das Mißverhältniß, in welchem die Bestrafung der dolosen zu der des culposen Verbrechens stünde, das bei der Tödtung nicht in der Weise hervortritt, indem hier statt der Todesstrafe auf Relegation, Deportation auf eine Anzahl von Jahren 2c. kurz auf eine schwere Strafe erkannt wurde.

Die l. 12. D. 48. 3. verfügt dagegen Strafe auf ein Unterlassungsverbrechen, nämlich auf das Entwischenlassen zur Obhut anvertrauter Gefangenen. Gerade die negligentia ist hier die Pflichtverletzung, deren Strafbarkeit sich nach dem größern oder geringern Mangel an Wachsamkeit richtet. Die negligentia kann freilich selbst wieder eine dolose oder culpose sein und es können die Schlußworte der lex auf eine culpose bezogen werden: . . . si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit castigandum eum[2]) . . .

Eine Bestimmung findet sich ferner bezüglich der Verrückung der Grenzsteine l. 2. D. 47. 21, wornach vorsätzliche Verrückung mit Re-

---

[1]) l. 9. D. (47. 9.) Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit vinctus verberatus igni necari jubetur: si modo sciens prudensque id commiserit, si vero casu id est negligentia aut noxiam sarcire jubetur aut si minus idoneus sit, levius castigatur.

[2]) l. 12. D. (48. 3.) Milites si amiserint custodias ipsi in perisulum deducuntur, nam D. Hadr. Stat. Sec. legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum negligentia militum evaserit an casu . . . et ita demum officiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur, alioquin pro modo culpae in eos statuendum. Silvio quoque legato . . . rescripsit: in eum qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere animadvertendum. Si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit castigandum eum et in deteriorem

legation bestraft wurde — quodsi per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt sufficiet eos verberibus decidere.

Am belehrendsten für den ganzen Gang der Entwicklung sind aber die Bestimmungen über die Tödtung, die Erweiterungen der lex Cornelia de sicariis.[1]) Wie bereits oben angedeutet, fanden in den Quästionen bloß dolus und casus Berücksichtigung. Das in Mitte Liegende mußte dem einen oder dem andern zugerechnet werden, so daß im Affect oder aus Fahrlässigkeit verübte Tödtungen, die schwersten Fälle vielleicht ausgenommen, wohl unter den casus fielen, somit straflos ausgingen. Zwischen Dolus und Casus trat nun Culpa und Impetus ein und der natürlichste Verlauf der Entwicklung war wohl der, daß man den auf die dolose Verübung vielleicht nur factisch wegen des Mißverhältnisses der Strafe beschränkten Thatbestand des Verbrechens auch auf die im Affect oder aus Unbedachtsamkeit verübten Tödtungen erweiterte und für diese Fälle von der durch die Lex normirten Strafe ausgehend eine mildere festsetzte.[2]) Daß alle Verfügungen, die hier einschlagen, immer die Strafe der lex im Auge haben, geht aus ihrem klaren Wortlaute hervor (Collatio legg. Rom. et Mos. I. 11. Poenam Marii Euaristi recte, Taurine moderatus es ad modum culpae . . Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justam provocare debet aut temperamentum admittere.[3])

Trunkenheit. Hieher gehört auch die Berücksichtigung der Trunkenheit, die sowohl allgemein als Milderungsgrund als auch bei besonderen Delicten geltend gemacht wird[4]), nämlich beim Entweichenlassen zur Obhut anvertrauter Gefangenen.

Ignorantia juris. Weibliches Geschlecht. Als weiterer Milderungsgrund wird auch die ignorantia juris[5]) bei Frauen beim sacrilegium und beim Incest geltend gemacht. Die Strafe des sacrilegium ist jedoch nach l. 6. D. 48. 13. arbiträr, wobei allerdings Rücksichtnahme auf das Geschlecht vorgeschrieben ist. Wegen in Folge von Rechtsunkenntniß geschlossener incestuoser Ehe wird die Frau (l. 38. D. 48. 5) für straflos erklärt. Nov. 134. c. 10 statuirt dagegen eine mildere Strafe für die Ehebrecherin, welche mit der Einsperrung in ein Kloster bedroht wird, während der Mann

---

[1]) Rein l. c. p. (770—771) 417.

[2]) Platner quaest. p. 176. Birnbaum, Archiv Bd. XIV. p. 538.

[3]) l. 5. §. 2. D. poen. refert et in majoribus delictis consulto aliquid admittatur an casu (culpa mit umfallend Rein p. 167) et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justam elicere debet, aut temperamentum admittere. l. 1. §. 3. D. (48. 8.) . . . quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo „leniendam poenam“ ejus. . . . — Als Fälle culposer Tödtung wird noch erwähnt Tod eines Menschen in Folge eines medicamen, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat. Paull. V. 23. 13. Auch der Arzt ist darunter begriffen. l. 6. §. 7. D. (1. 18.) Verabreichung eines medicamentum ad conceptionem von einer Frau, woran die Genießende stirbt l. 3. §. 2. D. ad l. Corn. — Wächter, Röm. Teutsches Strafrecht Thl. I. p. 232. betrachtet die culpa als Milderungsgrund, besonders den Anschluß der leges an die volle Strafe hervorhebend.

[4]) Rein l. c. p. 213. l. 11. §. 2. D. (48. 19.) l. 6. §. 7. D. (49. 16.)

[5]) Rein l. c. p. 237 u. 245.

mit dem Tode bestraft wird[1]). Von Rechtsunkenntniß ist dabei nicht die Rede.

Verwandtschaft. Eine Rücksichtnahme auf verwandtschaftliche Verhältnisse machte sich geltend in der mildern Bestrafung der Begünstigung von Verwandten bei der Verbergung vor Räubern.[2]) Die zweite hiefür von Rein und A. citirten Stelle ist eine Vorschrift über die Bestrafung eines militärischen Vergehens, der emansio, dem Verlassen des Lagers, das arbiträr bestraft wird, wobei allenfalls auch darauf Rücksicht genommen werden soll, ob sich der Delinquent aus Liebe zu seinen Verwandten länger aufgehalten habe. Der Werth des Fragmentes für die Begründung eines Milderungsgrundes ergibt sich von selbst.

Die bisher erwähnten Milderungsgründe stehen sämmtlich in einer mehr oder minder nahen Beziehung zu der Verschuldung dessen, dem sie zu gut kommen sollen. Aber auch außer allem Zusammenhang mit der Schuld stehende Milderungsgründe sind dem römischen Recht nicht fremd.

Erduldete strafgleiche Uebel. So unverschuldet erlittene strafgleiche Uebel, ein Grund, der zwar von Rein und Wächter[3]) auch für das römische Recht als ein uneigentlicher Milderungsgrund bezeichnet wird, nach römischer Auffassung aber doch als ächter erscheint. Die Anschauung, daß durch unverschuldete Leiden der Sühne, welche die vom Staat ausgehende Reaction gegen das Verbrechen heischt, nicht Genüge gethan werde, findet sich auch nicht in der leisesten Andeutung, wohl aber ist mit voller Bestimmtheit die Ansicht ausgesprochen, daß von der Strafgewalt ungerecht verhängte Leiden einen Anspruch auf Compensation durch Abschwächung der verdienten Strafe geben.[4]) Unterstützt wird diese Auffassung durch das Analogon, daß eine vom Richter über Gebühr strenge

---

[1]) l. 6. D. (48. 13.) Sacrilegii poenam debebit Proconsul pro qualitate, personae proque rei conditione temporis et aetatis et sexus vel severius vel clementius statuere . . ., l. 38. §. 7. D. (48, 5.) Incestus autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur excusari solet sexu, vel aetate . . . Die übrigen von Rein citirten Stellen enthalten nichts von Strafmilderung. l. 15. §. 4. 5. D. (48. 10.) spricht die Frauen von der lex Cornelia de falsis frei, wenn sie sich per ignorantiam juris dagegen verfehlt haben und l. 4. pr. l. 1. §. 10. D. S. C. Turpill. (48. 16.) erlaubt ihnen, von der angestellten Anklage straflos zurückzutreten.

[2]) Rein l. c. p. 238. l. 2. D. (47. 16.) Eos apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos neque severe admodum puniendos, non enim par est eorum delictum, et eorum qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt. l. 4. §. 15. D. (49. 16.) datur venia valetudini, affectioni parentum et adfinium . . . sed et ignoranti adhuc disciplinam tironi ignoscitur.

[3]) Rein l. c. p. 238. Wächter l. c. I. p. 239.

[4]) l. 25. D. poenis. Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevanda erit: sic enim constitutum est, non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam accipiunt. l. 23. C. (9. 47.) Omnes quos damnationis conditio

verhängte Strafe durch Erlaß der Infamie ausgeglichen werden solle.[1]) „Quoniam sententiae severitas cum caeteris damnis transigere videtur" l. 4. C. (2. 12.)

Stand des Verbrechers. Mit noch weit weniger Grund läßt sich die außerordentliche Berücksichtigung läugnen, welche Rang und Stand des Verbrechers im römischen Strafrechte fand. Es genügt an jene Reihe von Gesetzen zu erinnern, welche geradezu wegen desselben Verbrechens eine besondere Strafe für die Angesehenen und eine besondere für die Angehörigen der niederen Stände statuiren, eine Unbilligkeit, die sich nicht scheute, für die letzteren die Todesstrafe auszusprechen, wo erstere mit irgend einer Art der Verbannung durchkamen.[2]).

Was nun die vielfach auf das römische Recht basirten Milderungsgründe der Reue, des freiwilligen Geständnisses und des frühern guten Lebenswandels betrifft, so ist die Berufung auf das römische Recht

Reue. unzulässig.[3]) Für die Reue bezieht man sich auf Stellen, die von in Desertionsfällen eingetretenen Gnadenacten referiren[4]), Stellen, welchen kaum der Werth einer causa mitigans propria eingeräumt wer-

Geständniß. den kann[5]); für freiwilliges Geständniß auf dieselben mit Zuhilfenahme einiger anderer ganz unpassenden[6]), und für den frühern guten Lebens-

Früherer Lebenswandel. wandel auf spezielle von der Desertion handelnde Fragmente, in welchen die frühere gute Aufführung des eines Verbrechens beschuldigten Soldaten als ein guter Behelf zum Beweis seiner Unschuld erscheint.[7])

---

custodia deprehenderit, solutos poena vinculisque laxatos custodia liberari praecipimus . . . sit satis immensorum cruciatuum semel luisse supplicia ne qui diu privati sunt aurae communis haustu et lucis aspectu . . . etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur.

[1]) l. 13. §. 7. D. (3. 2.) Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat, ut et constitutum est et responsum, ut puta si eum qui parte bonorum multari debuit Praeses relegaverit, dicendum erit duriori sententia cum eo transactam dè existimatione ejus idcirco non esse infamem l. 4. C. (2. 12.) l. 10. §. 2. D. poen. l. 15. pr. D. (50. 1.)

[2]) l. 1. D. abig. l. 3. §. pen. u. l. pen. D. ad leg. Cornel. de sicariis l. 1. §. ult. D. l. Cornel. de falsis l. 38. D. poen. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I. 111.

[3]) Sämmtlich von Rein und Wächter verworfen. Rein l. c. p. 238. n. 4. Wächter l. c. p. 226 ff.

[4]) Ohne alle Bedeutung ist l. 1. C. §. 6. de haeret. Sed nec filios heredes eis existere aut adire permittimus, nisi a paterna pravitate discesserint, delicti enim veniam poenitentibus damus. l. 5. pr. §. 4. D. (49. 16.) Qui in desertione fuit, si se obtulerit, ex indulgentia imperatoris nostri in insulam deportatus est. l. 13. §. 6. R. M. Desertorem qui a patre suo fuerat oblatus in deteriorem militiam D. Pius dari jussit ne videatur, inquit, pater ad supplicium obtulisse. Item Divus severus . . . eum qui post quinquennium desertionis se obtulit, deportari jusserunt, quod exemplum in caeteris sequi nos debere, Menander scripsit. l. 5. §. 7. C. (9. 8.) Begnadigung desjenigen, der eine Verschwörung anzeigt.

[5]) Wächter causa mitigans propria l. c. I. p. 227.

[6]) l. 13. D. (49. 14), von dem, der zur nuntiatio ad fiscum verpflichtet ist und noch zu rechter Zeit Anzeige erstattet. l. u. C. (10. 13.)

[7]) l. 3. §. 12. D. R. M. Sed si quis ex improviso, dum iter quis facit, capitur ab hostibus inspecto vitae ejus praecedentis actu, venia ei dabitur.

Nicht unerwähnt kann bleiben, wie sich im römischen Rechte das Zusammentreffen verbrecherischer Handlungen bei der Aburtheilung, das in der deutschen Doctrin und Gesetzgebung in unserer Lehre eine wichtige Rolle spielt, gestaltete. In den Volksgerichten konnte wohl über alle Verbrechen, wegen welcher eine Anklage erhoben worden war, zugleich abgestimmt werden. Mit der Zerspaltung des ganzen Criminalrechts in einzelne Leges und Quaestiones fiel die Frage über die etwaige Modification zusammentreffender Strafen weg. Denn wenn auch bei manchen dieser Quästionen verschiedene verbrecherische Handlungen, die sich erst später aus dem umfassenderen Verbrechensbegriff absonderten, zur Beurtheilung kommen konnten, so handelte es sich doch immer nur um die Strafe der betreffenden lex. Mit dem Wegfall des ordo judiciorum publicorem konnte aber wieder über alle entdeckten Verbrechen gleichzeitig abgeurtheilt werden, eine Möglichkeit, die aber doch von keiner wesentlichen materiellen Bedeutung war. Denn der früher durch die Organisation des Verfahrens gebotene Grundsatz quot crimina tot poenae blieb in einer solchen Ausdehnung bestehen, daß er nur an der Unausführbarkeit der Strafhäufung seine Grenze fand. War man da angelangt, so entschloß man sich wohl zur Schärfung der schwersten Strafe.[1]) Konkurrenz.

Canonisches Recht.

Die Auffassung des Verbrechens im canonischen Rechte als Auflehnung gegen die Gebote Gottes und der Strafe als des Mittels zur innern Aussöhnung mit Gott war von bedeutsamer Wirkung für die Entwicklung des Strafrechts in doppelter Richtung — in der Sanktion

---

l. 5. pr. non omnes desertores similiter puniendi sed habetur et ordinis stipendiorum ratio gradus militiae . . . et anteactae vita. §. 6. Die frühere Conduite der Soldaten ist für den Beweis dienlich, daß er nicht freiwillig zum Feinde überging.

[1]) Geib, Geschichte des römischen Criminalprozesses p. 653. Rein, Röm.Cr.R. p. 246. Köstlin, System p. 550. Es gilt dieß für die materielle, wie die formelle Concurrenz, da bei letzterer wegen jeder Delictsrichtung eine Anklage erhoben werden konnte. Rein l. c. p. 249. l. 5. D. (48. 5.) Si quis cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportatur, quia duplex crimen est incestus et adulterium. Ehebruch allein wäre mit der mildern Relegation bestraft worden. l. 28. §. 10. D. (48. 19.) l. u. pr. C. rapt. virg. Todesstrafe auf Frauenraub, um so mehr auf den Raub einer verheiratheten Frau, quia duplici tenentur crimine tam adulterii quam rapinae, et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adjectione puniri. Todesstrafe war damals nicht mehr regelmäßig. Für das Prinzip l. 2. pr. §. 1. D. (47. 1.) nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.

des öffentlichen Strafrechts und in der Hervorhebung des subjectiven Gesichtspunkts.[1]) In diesen beiden Richtungen äußerte die christliche Anschauung ihren Einfluß auf die Ansichten über die Aufgabe des Strafrichters überhaupt, in letzterer insbesondere auf das richterliche Ermessen, dem die einseitige Würdigung des subjektiven Verschuldens nothwendiger Weise sehr zu Statten kam. Es standen die italienischen Juristen unter der unmittelbaren Einwirkung dieser christlichen Ideen, welche sie allerdings in der willkührlichsten Weise mit den römischen Rechtsprinzipien zu verknüpfen suchten. Wie blindlings sich die deutschen Criminalisten diesen Autoritäten, welche ihnen das römische Recht übermittelten, in die Arme warfen, ist bekannt, — um so höher aber die Bedeutung anzuschlagen, welche sie und die Anschauungen, von welchen ihre Doktrin geleitet war, für die Entwicklung des deutschen Criminalrechts haben. War die gesteigerte Berücksichtigung der Willensrichtung des Handelnden für die Ausbildung des Strafrechts überhaupt und insbesondere für die Lehre von der Strafausmessung von unläugbarem Vortheile, so konnte die einseitig religiös-moralische Auffassung nicht von Bestand sein, und mußten von der spätern Doctrin eine Reihe von Milderungsgründen, die wenigstens zum Theil hierauf zurückgeführt werden dürfen, als z. B. Geständniß, Intercession eines Dritten, Reue 2c. verworfen werden.

Die Doktrin der italienischen Juristen.

Es stand in den italienischen Juristen, welche in dem Richter den Repräsentanten der göttlichen Gerechtigkeit erblickten[2]), die Ueberzeugung fest, daß die Strafe der wirklichen Verschuldung entsprechen müsse.[3]) Die nothwendige Folge war die unbedingte Anerkennung des Strafänderungsrechts des Richters.[4]) Der prozessualen Unterscheidung zwischen der cognitio ordinaria und extraordinaria legten sie eine weitergehende, mehr als historische Bedeutung unter und erfanden jener gegenüber die weitere zwischen einer poena ordinaria und extraordi-

Strafänderungsrecht des Richters.

---

[1]) Köstlin, Geschichte des deutschen Strafrechts p. 57. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts §. 345. Geib, Lehrbuch des Strafrechts p. 125.

[2]) Die religiöse Auffassung des Berufs des Strafrichters spiegelt sich sehr klar ab u. A. in Prosperi Farinacii Variarum quaestionum et communium opinionum L. I. qu. XVII. 1—5.

[3]) Poena secundum facti contingentiam commensuranda delicto. Farin. l. c. n. 9. Tiraquelli Opp. VII. qu. 70. J. Clari Alexandrini Practicae civilis atque criminalis Lib. V. §. fin. qu. 60. n. 28.

[4]) Gandinus, libellus supra maleficiis, rubr. utrum poena possit augeri vel minui. Angeli Aretini d. G. de maleficiis tractatus rubr. quas si non solverit. n. 10. Clarus, qu. 85. n. 10. Farin. qu. 17. n. 5. l. I.

naria.[1]) Dann ging man noch einen Schritt weiter und erklärte mit Berufung auf Stellen, in welchen den Richtern Instruktionen bezüglich der Verhängung arbiträrer Strafen ertheilt werden, die poenae extraordinariae für arbiträre und gelangte so in Erwägung, daß das ganze Verfahren eine cognitio extra ordinem geworden, zu der Consequenz, daß nunmehr alle Strafen arbiträre[2]) seien. Somit war die Aenderungsbefugniß für das gemeine Recht erwiesen, und hätte sich die Doctrin anscheinend mit den allgemeinen Grundsätzen über Strafbarkeit ꝛc. beruhigen können. Allein abgesehen davon, daß nicht alle Praktiker die durchgeführte Ansicht getheilt zu haben scheinen[3]), wurde man mit dem Begriff einer ordentlichen, gesetzlichen Strafe schon deßwegen nicht so leicht fertig, weil nun dem Richter auch durch particuläre Gesetze normirte Strafen entgegentraten, welche sich durch jene Deduction nicht bei Seite schieben ließen. Ueberdieß waren ihnen die ebenfalls in der Sammlung Justinians aufgenommenen strengen Anweisungen zur Beobachtung der Gesetze nicht entfallen. In Erwägung der übrigen für das Aenderungsrecht sprechenden Gründe, restringirte man jene Strafdrohungen darauf, daß der Richter ohne Grund von der gesetzlichen Strafe nicht abweichen dürfe[4]), ein Schluß, gegen welchen, wenn er auf gesetzlich anerkannte Gründe beschränkt geblieben wäre, nichts einzuwenden gewesen. Allein das schien nicht genügend und war es auch nicht, wenn man bedenkt, ein wie großer Theil der Zurechnungslehre damals in der Lehre von der Strafmilderung steckte. Die Strafe soll dem Maß der concreten Verschuldung entsprechen, ungeachtet aller Vielfachheit der Gestaltung der concreten Fälle. Für diese reichen aber die gesetzlichen Bestimmungen nicht aus, weder diejenigen, welche gegeben sind, noch welche gegeben werden können.[5]) Da das Gesetz ein gerechtes sein will, selbst aber nicht im Stande ist, alle Gründe zu erschöpfen, so erwähnt es solche nur beispielsweise und überläßt es im Uebrigen dem Richter, andere nicht ausdrücklich genannte zu berücksichtigen.[6]) Doch darf er nur solche in's Auge fassen, welche mit der

---

[1]) u. [2]) Mit Berufung auf l. 13. Dig. poenis. Farin. l. c. n. 7. Bartolus in l. 13. Dig. poenis.

[3]) Farinacius, der sonst gegentheilige Ansichten referirt, erwähnt zwar keine Meinungsdifferenz und führt als Belege u. a. auch Gandinus an l. c. Gand. unterscheidet zwischen crimen publicum, das mit einer poena ordinaria und privatum, das mit einer extraordinaria, welch letztere arbiträr sei, belegt werde. Ueber das Verhältniß der eigentlichen, gemeinrechtlichen Strafen spricht er sich nicht aus. Uebrigens war, wie oben ausgeführt, jene Deduktion nicht ausreichend.

[4]) Farin. l. c. 17. n. 67. Gandinus l. c. Clarus 85. n. 10. Auch Glosse zu 12. D. poen. . . . cum possit ex causa augeri.

[5]) Clarus qu. 60. n. 28. Sunt etiam aliae causa propter quas poena remitti aut minui solet quarum multas copiose et eleganter Tiraquellus. Far. n. 8 u. 9. l. c. Das Gesetz selbst habe alle Umstände, unter welchen Verbrechen begangen werden, nicht ausdrücken können, daher die Ermächtigung, die Strafe secundum facti contingentiam zu mindern oder zu erhöhen.

[6]) Clarus qu. 85 n. 10. Gandinus l. c. Farin. qu. 17. n. 67.

Verschuldung im Zusammenhange stehen (causa cohaerens delicto); die Würdigung außer diesem Kreise liegender Momente ist nicht mehr Sache des Richters, sondern Sache dessen, dem das Begnadigungsrecht zusteht.[1]) Somit hatten die italienischen Praktiker dem richterlichen Ermessen im Ganzen richtige Grenzen gesteckt, und es würde ihnen der Vorwurf maßloser Willkührlichkeit in der Aufstellung von Milderungsgründen nicht gemacht werden können, wenn sie sich von den Fesseln des Civilrechts loszumachen verstanden und die Schuldlehre weiter entwickelt hätten.

Aber eben ihre Befangenheit im Civilrecht[2]) und die damit im Zusammenhang stehende mangelhafte Ausbildung der Zurechnungslehre, sowie die Rücksichtnahme auf zum Theil germanische Rechtsgewohnheiten, welche sie in Wirksamkeit vorfanden und in mitunter willkührlichster Weise mit dem römischen Rechte zu verknüpfen suchten, machten die gefundene Begrenzung illusorisch, indem zum Theil eine Reihe von außer der Verschuldung liegenden Gründen hereingezogen, zum Theil insbesondere, wo es galt, eine Rechtsgewohnheit zu rechtfertigen, die selbst gesteckte Grenze mit Bewußtsein übertreten wurde.

Wenn daher der Vorwurf völliger Prinziplosigkeit[3]) ebenso zu hart erscheint, als es ungegründet ist, den von den deutschen Kriminalisten viel benutzten Tiraquellus als den schlimmsten Ausläufer dieser Richtung hinzustellen, da er es bis auf 64 Milderungsgründe gebracht habe, — was in der That nicht der Fall ist[4]), so sind sie doch von dem Vorwurfe großer Willkührlichkeit in der Behandlung der Quellen und der Aufstellung von Strafänderungsgründen nicht freizusprechen.

Eine eingehendere Betrachtung der von ihnen hervorgehobenen Gründe wird die obige Darstellung rechtfertigen.

Milderungsgründe. Vorangestellt wird als Milderungsgrund durchgängig die carentia

---

[1]) Dieselben Stellen wie bei Note 6 p. 19 u. Farin. n. 5. Eine weitere Abgrenzung vom Begnadigungsrecht liegt auch darin, daß der Richter solche Momente nur vor der Sentenz berücksichtigen dürfe.

[2]) Belege hiefür werden die weiter unten besprochenen Milderungsgründe bieten; als frappantes Beispiel für ihre Behandlungsweise des Criminalrechts soll hier nur Erwähnung finden, daß Clarus qu. 60. n. 10 die Frage aufwirft, ob der prodigus als civilrechtlich handlungsunfähig dem furiosus gleichgestellt, nicht auch criminalrechtlich ihm gleichgestellt werden solle.

[3]) Wächter, Gen.-Recht Deutschlands p. 123. Röm. Teutsches Strafrecht p. 213.

[4]) Carpzov verweist in seiner Practica crim. qu. 143. n. 2. auf Tiraquell, indem er seine erschöpfende Darstellung, welche 64 Milderungsgründe enthalte, hervorhebt. Wächter, gem. Recht p. 123. R. T. St.R. p. 213, nach ihm Köstlin, System p. 596 stellen ihn auf Grund seiner angeblich 64 Gründe als den Repräsentanten der äußersten Maßlosigkeit hin. Tiraquell hat aber seine dickleibige Abhandlung in 64 causae minuendi vel temperandi getheilt. Diese causae haben nun keine andere Bedeutung als die von Kapiteln. In mehreren solcher Kapitel wird mitunter von einem und demselben Grund gehandelt, so in der caus. 13. 14. 15 von der carentia doli, 37—40 vom delictum attentatum etc. Daher reduzirt sich die Anzahl von 64 auf c. 40. Ueberdies führt Tiraquell manche Gründe auf, nur um sie zu verwerfen.

doli.[1]) Die nothwendige Voraussetzung der Verhängung der vollen Strafe der poena ordinaria ist das dolose Handeln, die rechtswidrige auf die Uebertretung des Gesetzes gerichtete Absicht. Gerade in diesem Punkte zeigt sich die Befangenheit der Italiener in civilrechtlichen Anschauungen im vollsten Maße. Die civilrechtliche Haftbarkeit ist ihnen auch entscheidend für die criminelle Verantwortlichkeit. Daher erscheinen als Milderungsgründe solche Gründe, welche von der civilrechtlichen Haftbarkeit befreien, mit der Wirkung, daß wegen Mangels des Dolus nicht auf die ordinaria erkannt, sondern der Verbrecher nur wegen culpa mit einer außerordentlichen Strafe belegt wird, also ignorantia und error juris und facti[2]), die rusticitas[3]) und als eine Art von ignorantia juris die Ortsüblichkeit eines Verbrechens[4]), letzterer Grund auch auf nur civilrechtliche Stellen basirt. Doch ist ihre Wirksamkeit auf nicht jure divino verpönte Handlungen beschränkt. Carentia doli. Ignorantia juris et facti. Rusticitas.

Unter wegen ermangelndem Dolus bloß wegen culpa strafbare Handlungen fallen die im Zorn[5]) und in der Trunkenheit[6]) verübten Verbrechen, bei ersteren ohne alle Scheidung vorsätzlicher und fahrlässiger Handlungen, bei letzteren wird verschuldete und unverschuldete Trunkenheit unterschieden. Für in unverschuldeter Trunkenheit begangene Verbrechen wollen Manche Straflosigkeit; die strafbare culpa selbst wird von den Meisten nicht in der in diesem Zustand begangenen Handlung, sondern in dem sich in denselben Versetzen gefunden; daher haben Gewohnheitssäufer einen Anspruch auf Milderung so wenig, wie die, welche sich in der Absicht, ein Verbrechen zu begehen, betranken.[7]) Der Gedanke, daß die Getrübtheit des Bewußtseins und die Hemmung der Freiheit des Willens das eigentlich strafmildernde Moment sei, liegt den Ausführungen der Italiener wohl zu Grunde[8]); nur wurde eben Alles äußerlich an den Mangel des Dolus geknüpft. So werden als blos wegen culpa strafbare Handlungen überhaupt die im Affect verübten angeführt, dem Affect aber eine so weite Ausdehnung gegeben, daß auch die Liebe als strafmildernder Grund hereinfiel.[9]) Deßgleichen gehören hieher Furcht und Zwang, der Befehl eines Obern mit der richtigen Unterscheidung hervorgehoben, daß eine Zorn. Trunkenheit. Affect. Liebe. Zwang, Furcht. Befehl.

---

[1]) Aretin l. c. p. 108. Farin. Lib. III. qu. 86. 1—64. Tiraqu. c. 13. 14. 15. 43. Clarus, qu. 84. Gardinus l. c. In der Anerkennung der carentia doli als eines Milderungsgrundes lag zugleich die Anerkennung der culpa als eines allgemein strafbaren Verschuldens.

[2]) Clarus qu. 60. n. 12. 13. Farin. qu. 90. 1—66. 93 ff.

[3]) Farin. qu. 97. n. 24. Tiraq. n. 11.

[4]) Bei Clarus nicht erwähnt. Farin. qu. 94. 1—30. Tiraqu. 42.

[5]) Clarus qu. 60. n. 11. 12. Farin. qu. 91. 2—40. „quia dolo caret."

[6]) Clarus qu. 60. n. 11. Farin. qu. 93. 4—21. Tiraq. 1.

[7]) Clarus l. c. qu. 60. n. 11. Tiraqu. 6.

[8]) Farin. l. c. qu. 98. c. 13. n. 80. Ideo sicut ignoscitur ebriis, furiosis aliisque delinquentibus aliqua subita animi turbatione ira vel impetu . . .

[9]) Clarus qu. 60. 4. Farin. qu. 98. c. 13. n. 80.

vis absoluta vollkommen entschuldige.[1]) Daran knüpften sich dann wieder bei Einigen die Berücksichtigung des Einflusses zwingender Naturnothwendigkeit — nicht in einem allgemeinen Prinzip, sondern in den besondern Erscheinungen, Hunger, Noth, Armuth ꝛc.[2]) ausgesprochen.

Nothstand.

Eine Trübung des Bewußtseins wurde auch anerkannt bei im Schlafe begangenen Verbrechen[3]); wenn der Delinquent seinen Zustand gekannt und keine Vorsichtsmaßregeln ergriffen, so sei er wegen culpa verantwortlich, sei er absichtlich eingeschlafen, um im Schlafe ein Verbrechen zu begehen, so trifft ihn die ordinaria.[4]) Geistesgestörtheit zur Zeit der verbrecherischen Handlung scheint nach gemeiner Meinung Strafausschließungsgrund gewesen zu sein; bei später eintretender solle, entschied die communis opinio, die Exekution aufgeschoben werden; Tiraquellus dagegen will für den furor superveniens Milderung der Strafe.[5])*)

Schlaf.

Geistesgestörtheit.

Jugend.

Der Milderungsgrund der Jugend wurde mit ziemlicher Uebereinstimmung bis auf die minores ausgedehnt, obwohl Manche die Strafe selbst über infantes, wenn sie dolo capaces seien, — und es sei dies bei ihnen oft mehr der Fall, wie bei Erwachsenen — verhängen wollten. Doch wurde dies allgemein verworfen und überhaupt die Festsetzung bestimmter Grenzpunkte verworfen, da sich die Entwicklung nicht an bestimmte Jahre binde. Ueber die Voraussetzungen der vollen Strafbarkeit der Unmündigen bestand keine Uebereinstimmung; von Manchen, wie von Clarus wird verlangt, daß sie doli capaces, proximi pubertati seien, und daß ein delictum in committendo vorliege.[6])

Hohes Alter.

Auch bezüglich des hohen Alters divergiren die Ansichten. Die Begründung stützt sich zwar bei Allen auf jene Stellen des römischen Rechts, in welchen eine Berücksichtigung des Alters ganz im Allgemeinen vorgeschrieben ist; allein, während die Einen eine Milderung bei allen Delicten wollen, wird sie von Andern auf einzelne Delicte beschränkt, und während bei den Einen der Gesichtspunkt geistiger Schwäche vorherrscht, scheint bei den Andern der der physischen entscheidend, da sie die Milderung auf verstümmelnde Leibesstrafen beschränken, welche bei altersschwachen Leuten den Tod, also factisch eine nicht gewollte Härte, zur Folge haben würden.[7])

---

[1]) Clarus qu. 90. n. 16. Farin. l. c. qu. 96. n. 10—24. Tiraqu. de poenis temp. n. 34—36.

[2]) Tiraq. de poenis temp. c. 26—32. Dem Milderungsgrunde der Armuth lag auch zum Theil die Auffassung als des Gegensatzes zum Rang und Stand zu Grunde, insbesondere bezüglich der Geldstrafen.

[3]) Clarus, qu. 60. n. 20. Farin. 98. n. 70. Tiraq. l. c. C. 5.

[4]) Farinac. l. c. qu. 98. n. 74.

[5]) Clarus, qu. 60. n. 7. Farin. qu. 94. 1—30. Tiraq. c. 2. u. 3.

*) Vom Mangel der plenitudo intellectus findet sich weder bei Clarus und Farinacius noch bei den von ihnen citirten Autoren etwas.

[6]) Clarus, qu. 96. n. 4. Farin. qu. 92. n. 42—181. Tiraqu. c. 7.

[7]) Gandinus poen. reor. n. 30. Farin. qu. 92. 1. 2. Clarus qu. 60. Tiraq. c. 8.

Die Berücksichtigung der Schwäche des weiblichen Geschlechts war in Doctrin und Praxis sehr beschränkt und bei schweren Verbrechen gänzlich ausgeschlossen.[1] Weibliches Geschlecht.

Das überwiegende Gewicht, welches auf die Beschaffenheit des verbrecherischen Willens gelegt wurde, führte zu der Aufstellung einer Reihe von Gründen, die nun auch mit der Schuld nicht mehr in Verbindung standen und das aufgestellte Prinzip verletzten. So die Reue[2]), obwohl, wenigstens als dem Verbrechen nachfolgende[3]), von Vielen verworfen, früherer guter Lebenswandel[4]), guter Ruf[5]), Verübung eines Verbrechens aus Mitleid für einen Andern[6]), ja selbst die Verjährung[7]) wurde mit der vita ante acta in Verbindung gebracht und als Milderungsgrund geltend gemacht. Bei diesen, wie bei jenen schloß man aus dem späteren Leben des Verbrechers auf sein früheres zurück und hielt sich zu der Annahme berechtigt, daß er auch zur Zeit der Verübung des Verbrechens eine so entschieden bösartige, verbrecherische Gesinnung nicht geäußert habe, welche die Anwendung der vollen Strafe erheische. Gerade hierin ist auch der Einfluß der christlichen Ideen unverkennbar. Damit gerieth man aber auch wieder auf den Abweg, mehr die Persönlichkeit, als das Verbrechen selbst in's Auge zu fassen. Reue. Guter Lebenswandel.

Die Beschränkung der ordentlichen Strafe auf das vollendete Verbrechen hatte die Annahme des Versuchs (delictum attentatum) als eines Milderungsgrundes zur Folge.[8]) Versuch.

Auch das Inquisitionsverfahren bereicherte die Lehre von der Strafmilderung um einige Gründe. Der Grund, daß nur eine extraordinaria poena verhängt werden solle, wenn auf dem Wege der Inquisition, statt auf dem der Accusation verfahren würde[9]), hatte, auf einer irrthümlichen Verwechslung der canonischen außerordentlichen Strafe mit der des gemeinen Rechts beruhend[10]), zu wenig innern Halt, um nicht von den Meisten verworfen zu werden; dagegen ist in der incertitudo delinquentium wohl die Wurzel des Milde- Inquisitionsverfahren. Unbekanntschaft des Thäters.

---

[1]) Farinac. qu. 98. n. 11. Tiraq. c. 9. (Bei Clarus nicht erwähnt.)

[2]) Clarus qu. 60. n. 22. Tiraq. c. 28.

[3]) Clarus für Milderung nur si poenituit, quia non voluit, also bei Handlungen, welche von einem nicht gewollten Erfolge begleitet waren.

[4]) Gandinus f. 52. n. 8. 9. l. c. Tiraq. 51.

[5]) Clarus qu. 60. n. 23. Tiraq. c. 28.

[6]) Tiraq. c. 24.

[7]) Clarus qu. 60. n. 32. Es sei nur Grund der Begnadigung. Es wird zwar die Verjährung auf das „si diutino tempore quis in reatu fuerit“ basirt und somit der Moment der Zeit anerkannt, aber vorwiegend wird geltend gemacht, daß der Verbrecher Milde verdiene, weil sein späteres gutes Leben — die Begehung eines neuen Verbrechens hätte die Verjährung unterbrochen — auf eine geringere Bösartigkeit zurückschließen lasse. Tiraq. c. 29.

[8]) Tiraq. c. 33.

[9]) Clarus qu. 60. n. 33. Tiraq. c. 53.

[10]) Im Inquisitionsverfahren des kanonischen Rechts wurde nicht auf die regelmäßige Strafe der Deposition, wie im Accusationsprozeß, sondern auf eine außerordentliche (Pönitenz) erkannt. Biener, Gesch. d. Inquis.-Proz. — 57.

rungsgrundes des Mangels an Beweis zu erkennen. Freilich ist auch hier keine Uebereinstimmung. Im Anschluß an die lex pen. Dig. ad leg. Cornel. de sicariis werden in ziemlich reicher Casuistik Fälle von Verwundungen und Tödtungen im Raufhandel erörtert. Während von Manchem mit der Glosse[1]) und mit Berufung auf die actio de effusis et dejectis bei Unbekanntschaft des Thäters Alle für haftbar erklärt werden, Andere wie Clarus wegen der Ungewißheit Keinen verurtheilt wissen wollen[2]), scheint sich doch die communis opinio für die Erkennung einer außerordentlichen Strafe entschieden und die Ungewißheit des Thäters als Milderungsgrund angesehen zu haben.[3]) Die Schwierigkeit der Ueberführung veranlaßte, auch die Taubstummheit unter diese Gründe einzureichen.[4])

Taubstummheit.

Außer den angeführten Gründen werden noch eine Reihe äußererer, die Verschuldung nicht berührender, erwähnt, bei welchem das Prinzip, sie der Begnadigung zuzuweisen, doch zum größern Theile gewahrt wird, indem sie entweder ausschließlich dem Fürsten zugesprochen werden oder dem Richter ihre Berücksichtigung nur unter der Voraussetzung einer Anfrage an den Fürsten gestattet wird.

Causae extrinsecae.

Zum Theil sind es rein politische Gründe, wie die Menge der Verbrecher[5]), wenn das Volk durch zu viele Hinrichtungen aufgereizt würde, oder der Uebergang zur christlichen Religion[6]), den Clarus, wenn auch juristisch verwerflich, doch im Interesse der Religion empfiehlt; ferner Kenntnisse und Verdienste um den Staat[7]), woran sich der glückliche Erfolg des Verbrechens knüpft; zum Theil erinnern sie an Rechtsgewohnheiten, wie das Reißen des Stricks[8]), das Anerbieten eines Mädchens[9]) zur Heirath, womit sich Manche noch nicht begnügten, sondern diese Wohlthat auch den Weibern zukommen lassen wollten, die Begegnung eines Kardinals.[10]) Wie sehr man auch das völlig Unjuristische solcher Gründe erkannte, so wollte man diese Rechtsgewohnheiten, die man in Uebung vorfand, doch nicht preisgeben und

Menge der Verbrecher. Uebergang zur christlichen Religion. Kenntnisse u. Verdienste. Glücklicher Erfolg. Reißen des Stricks. Heirathsoffert. Begegnung eines Kardinals.

[1]) Glossa in l. 7. D. ad leg. Cornel. trotz des ausdrücklichen: „ictus uniuscujuscunque in hoc collectorum contemplari debet."

[2]) Clarus qu. 60. n. 31.

[3]) Farin. qu. 96. 1—10. Tiraq. c. 63.

[4]) Farin. qu. 98. causa 17. Hiebei sind verschiedene Fälle erwähnt, in welchen der Taubstumme seinen Willen zu erkennen geben und voller Beweis erlangt werden kann.

[5]) Clarus qu. 60. n. 30. Far. qu. 96. 1—10. Tiraq. c. 47.

[6]) Far. 98. c. 16. Clarus qu. 51. n. 19. Tiraq. c. 25.

[7]) Clarus qu. 60. n. 26. Far. qu. 98. n. 134—144. Tiraq. c. 49. 50.

[8]) Tiraq. c. 64. Das Mißlingen der Execution wurde in germanischen Ländern als etwas Wunderbares angesehen; man glaubte das Walten Gottes in einem solchen Zufalle zu erkennen und unterließ daher oft die Wiederaufnahme der Execution. So war es auch beim Ertränken, das mitunter sogar in einer Weise vorgenommen wurde, daß ein Entkommen in dieser Weise möglich war.

[9]) Tiraq. c. 56. Dieser favor matrimonii war in der Schweiz, in Norddeutschland bis in das XVI. Jahrhundert verbreitet.

[10]) Die Kardinäle scheinen ein gewisses Begnadigungsrecht ausgeübt zu haben.

suchte sie nun um jeden Preis oft in der allerwunderlichsten Weise aus dem römischen Rechte nachzuweisen.

Ein genügender Beleg mag dafür sein, daß man die Kardinäle mit den Vestalischen Jungfrauen in Verbindung brachte, deren Begegnung in Rom ja auch zum Tod Verurtheilten Heil und Rettung brachte.[1])

Da man, wie gezeigt worden, am Prinzip nicht immer festhielt, so wurden noch manch andere Gründe, welche gar keine Rechtfertigung für sich hatten, hereingezogen, wie die Freundschaft mit dem Richter[2]), Kinderzahl[3]), Auslieferung des Sohns durch den Vater und umgekehrt.[4]) Doch erklärte sich die gemeine Meinung gegen die meisten derselben.

Straf-schärfung.

Mit weit weniger Ausführlichkeit sind die Strafschärfungsgründe behandelt. Im Allgemeinen ist die Befugniß des Richters in dieser Beziehung ebenso unbedingt anerkannt, wie das Milderungsrecht. Von einzelnen Gründen werden hervorgehoben: die Häufigkeit eines Verbrechens an einem Orte; lediglich aus dem Gesichtspunkte der Abschreckung soll der Richter eine härtere Strafe aussprechen.[5]) Verbrechen gegen Verwandte oder gegen die Obrigkeit verübt erscheinen strafbarer.[6]) Gegen die Bevorzugung des Rangs und Standes im römischen und deutschen Rechte empörte sich das christliche Gefühl[7]); doch wurde für die nobiles die Schwertstrafe als die wenigst entehrende Todesstrafe empfohlen. Geldstrafen sollten nach der Ansicht Mancher bei ihnen erhöht werden.[8]) Die heimliche Begehung eines Verbrechens erscheint theils als Milderungs-, theils als Schärfungsgrund, je nachdem aus der heimlichen Verübung auf mehr oder minder klares Bewußtsein von der Strafbarkeit der That geschlossen werden kann.[9])

Häufigkeit des Verbrechens. Verwandtschaft. Heimliche Verübung.

Consuetudo delinquendi.

Als ein allgemeiner Schärfungsgrund wird die consuetudo delinquendi genannt[10]), doch sind Konkurrenz und Rückfall wohl geschieden.

Konkurrenz.

Was die Konkurrenz betrifft, so liegt bei den Italienern das Prinzip der Cumulation mit dem Absorptionsprinzip im Kampfe. Als Regel wird zwar noch immer die Cumulation und zwar in einer mitunter rohen Weise aufgestellt[11]), indem sie z. B. auf Fälle ausgedehnt wird, wo in der That nur ein

---

1) Tiraq. c. 45.
2) Clarus qu. 60. n. 38. Tiraq. c. 15.
3) Tiraq. c. 24.
4) Clarus qu. 60. n. 29. Tiraq. c. 18. Far. l. c. III. qu. 98. c. 18.
5) Glossa ad l. 16. D. de poenis.
6) Tiraq. c. 15. 20. Als Milderungsgrund wird die Zuneigung zu Verwandten bei einzelnen Delicten geltend gemacht, ausgedehnt auf geistliche Verwandtschaft, selbst auf Nachbarschaft.
7) Clarus qu. 60. n. 24. Gandinus poen. reor. n. 39. Far. qu. 98. c. 14, n. 93—131. Tiraq. l. c. c. 31.
8) Clarus qu. 60. n. 24.
9) Clarus qu. 60. n. 21. Tiraq. c. 57. l. c.
10) Clarus qu. 21. qu. 85. n. 6. Farin. qu. 23.
11) Far. qu. 22.

Verbrechen vorliegt[1]) (Verwundung mit einem zweizackigen Instrumente), oder die Vorschrift gegeben wird, der Unausführbarkeit der Cumulation in der Weise zu begegnen, daß man den Verbrecher eine Strafe nach der andern, mit der geringsten beginnend, erdulden lasse.[2]) — Dennoch wurde dieß nicht allgemein anerkannt, sondern im Gegentheil gerade für solche Fälle eine Strafe mit Schärfung ausgesprochen.[3]) Auch für Fälle wirklicher idealer Konkurrenz, selbst beim Zusammentreffen verschiedener Verbrechen in verschiedenen Handlungen zu einem und demselben Zwecke[4]), wurde die Zufügung der bloßen poena major mit Schärfung vertheidigt. Hiebei wurde dann ausdrücklich der Grundsatz ausgesprochen, daß das größere Verbrechen das geringere absorbire.[5]) Daneben entwickelt sich auch schon der Begriff des fortgesetzten Verbrechens in unserem Sinne bei Fälschung und Ehebruch.[6])

Rückfall. Von Interesse ist noch die schon ziemlich entwickelte Rückfallslehre, welche in dem Schärfungsgrunde der consuetudo de delinquendi steckt. Dieselbe wird nämlich in der öftern Verübung desselben oder eines gleichartigen Verbrechens gesehen.[7]). Diese Wiederholung der verbrecherischen That beweist nach der Ansicht der italienischen Praktiker eine Unverbesserlichkeit, welche die Verhängung einer strengeren Strafe nothwendig mache, ein Moment, dem eine solche Bedeutung beigelegt wird, daß sie sogar den Uebergang von einer Geldstrafe zur Todesstrafe theoretisch für gerechtfertigt finden[8]), obwohl sie constatiren, daß die Praxis nie so weit gegangen sei.[9]) Als nothwendige Voraussetzung erscheint nach gemeiner Meinung die Verurtheilung und Bestrafung wegen der früheren Verbrechen[10]), was jedoch von Einigen, welchen die Wiederholung allein zum Eintritt der Schärfung genügt, auf die außer dem Jurisdiktionsgebiet des urtheilenden Richters begangenen Verbrechen aus dem Grunde beschränkt wird, weil bezüglich dieser Verbrechen der Richter incompetent ist[11]), demnach auch keine Gewißheit

[1]) Farinacius II. qu. 22. n. 6. 7. Clarus qu. 84. „quot vulnera tot poenae." Far. macht noch die Unterscheidung, ob das Gesetz in rem oder in personam die Strafe statuire, d. h. ob „simpliciter vulneranti oder pro qualibet alapa." Clarus 84. n. 3. Far. 22. 9. Far. 22. n. 16. Clarus führt zu dem obigen Fall die Praxis an, wonach für jede Wunde eine Strafe verhängt worden.

[2]) Far. qu. 22. n. 30.

[3]) Far. l. c. qu. 22. n. 17. u. 21. Verletzung mehrerer Gesetze durch eine Handlung.

[4]) Farin. qu. 22. n. 19.

[5]) Far. qu. 22. n. 19.

[6]) Far. qu. 22. n. 17. Fortsetzung des Ehebruchs mit ein und derselben Person — eine Strafe. n. 26. Mehrere Fälschungen zu einem Zwecke begangen sind nur ein Verbrechen.

[7]) Clarus qu. 21. Far. qu. 23. n. 30. „dummodo simus in eodem vel simili genere mali."

[8]) Far. qu. 23. n. 2 und 9.

[9]) Clarus qu. 84. Far. qu. 23. n. 7.

[10]) Far. qu. 23. n. 9.

[11]) Gomez tract. de delict. c. s. t. furt. n. 9. Far. qu. 23. n. 9. 11. 12.

hat, daß mehrere Verbrechen begangen worden sind. Bei diesen fällt also der Rückfall wieder aus. Ueberwiegend ist jedoch die Ansicht derjenigen, welche sich auf die Incorrigibilität stützen und demgemäß ihre Rückfallslehre aufstellen. Als allgemeine Observanz wird nämlich dagegen geltend gemacht, daß eine solche strengere Bestrafung in der Praxis auch eingetreten sei, wo wegen der frühern Verbrechen Begnadigung oder Verjährung eingetreten.[1]) Es genügt also zu der Annahme der Unverbesserlichkeit der Umstand, daß der Verbrecher wegen derselben oder einer ähnlichen That bereits einmal oder öfter dem Strafgesetz verfallen war, gleichviel, ob es ihn getroffen oder nicht. Obwohl diese Grundsätze von den Meisten nur beim Diebstahl ausgesprochen werden, erklären sie andere Spätere ausdrücklich auf alle Verbrechen für anwendbar.[2])

Deutsches Recht.

Den Uebergang von der ersten Entwicklungsstufe des älteren germanischen Strafrechts, der Friedlosigkeit, zur Entwicklung eines eigentlichen öffentlichen Strafrechts bildet das Bußensystem.

In ihm trat aber auch allmählich die Idee mehr in den Vordergrund, daß durch die Bußen weniger der Verletzte eine Genugthuung, als der Verbrecher eine angemessene Vergeltung erhalten solle. Das hiedurch bedingte Bestreben, die Bußen in ein angemessenes Verhältniß mit den sühnbar gewordenen Verbrechen zu setzen, führte nothwendig eine Steigerung derselben herbei. Je mehr sie aber erhöht wurden, um so öfter trat für die Aermeren die Unmöglichkeit ein, sie zu zahlen, um so häufiger kamen sie in die Lage, mit dem Leben zu büßen, was die Reichen mit der Erlegung einer Geldbuße abmachen konnten. Dem Eintritt dieser Folge wurde zwar vorgebeugt durch die Entstehung und Anwendung einer größern Menge von Strafmitteln[3]), allein bei einem Rechtszustande, wo die verschiedenen Rechtsverletzungen gewissermaßen nach einem festen Tarife abgeschätzt waren, lag eine eigentliche Würdigung der Verschuldung und eine ihr entsprechende Abschwächung der Strafe sehr ferne.[4]) Auch war das Verfahren bis in das Mittelalter hinein, sowie die Aufgabe der Schöffen nicht von der Art, daß sich eine geeignete Berücksichtigung der die Schuld modifizirender Momente hätte erwarten lassen. So lange nämlich das Beweisverfahren nicht

Zeit der Volksrechte.

---

[1]) cf. Note 11. p. 26.
[2]) Far. qu. 23. n. 8.
[3]) Wilda, Strafrecht der Germanen p. 484—494.
[4]) Bluntschli, Züricher Staats- und Rechtsgeschichte I. Buch p. 75

darauf gerichtet war, dem Richter Thatsachen an die Hand zu geben, aus welchen er sich eine Ueberzeugung von der Schuld oder Nichtschuld hätte bilden können, sondern vielmehr in der Herstellung eines formellen Beweises seine Aufgabe für erschöpft hielt, stund auch die materielle Würdigung der That im Hintergrund vor der Prüfung über die Zulässigkeit und Anwendbarkeit der Beweismittel und war demnach der Ausspruch der Schöffen weniger ein auf ihre freie Ueberzeugung gebautes Urtheil über die That, als eine Entscheidung über das rein formelle Resultat des Beweises.[1])

Dazu kommt noch für die Zeit der Volksrechte, daß die Richter durch ausdrückliche Vorschriften an die genaue Beobachtung der Gesetze gebunden waren.[2])

Dennoch kann nicht wohl angenommen werden, daß in allen Fällen der Zahlungsunfähige mit Leib und Leben einstehen mußte. Vermittelnd trat hier wohl die arbiträre Strafgewalt des Königs ein, welche ihm in einem sehr ausgedehnten Maße zustand. Auf ihn war die Volksgewalt übergegangen, und so ging von ihm wieder alle Strafgewalt aus. Wie früher von der Gemeinde über das Schicksal des Friedlosen mit einer gewissen Willkühr verfügt worden sein mochte, so konnte nun der König bestimmen, ob der Missethäter einer andern Strafe unterworfen werden solle, so konnte er unter den üblichen Strafen die am passendsten scheinende auswählen.[3])

Zeit der Rechtsbücher bis zum Eindringen des Römischen Rechts.

Einer vorgeschritteneren Zeit und der immer mehr hervortretenden Idee eines öffentlichen Strafrechts konnte aber weder das Compositionswesen, noch das bisherige Verfahren genügen. Das Bußensystem löste sich allmählig in ein Strafrecht auf, indem die Strafen, welche an Leib und Hand gehen, im Gegensatz zu den an Haut und Haar gehenden ihren subsidiären Charakter verlieren[4]), das Ablösungsrecht theils ausdrücklich ausgeschlossen[5]), theils beschränkt wird, und die Bußen zum Theil den Charakter wirklicher Geldstrafen annehmen. Freilich ist diese Entwicklung nur eine sehr allmählige, und erhält sich das Compositionssystem noch lange im Kampfe mit dem erwachenden öffentlichen Strafrecht.

---

[1]) Biener, Geschichte des Inquis.-Proz. p. 137. Hälschner, Preuß. Str.-R. I. p. 59—64.

[2]) Carol. M. Cap. a. 802, c. 26. p. 94. Ut judices secundum scriptam legem juste judicent, non secundum arbitrium suum. Ludovici II. Cap. a. 875. c. 1. p. 528. . . . tantum secundum scripturam judicent, ut nullatenus audiant secundum arbitrium suum judicare . . . de quo autem non est scripta (lex) hoc nostro consilio offeratur.

[3]) Wilda, l. c. Lex. Bajuvar. II. 4. §. 3. De minoribus autem hominibus in ducis sit potestate qualem poenam sustineant. — Benignum imputes regem vel ducem si ei vitam concesserit. l. Rotharis sit in potestate regis judicare voluerit. Zöpfl, deutsche Rechtsgesch. p. 409. n. IV.

[4]) Hälschner l. c. p. 44. 45. Schon im Sachsenspiegel sind die an Leib und Hand gehenden Strafen für den Thäter unbedingt anwendbare.

[5]) Z. B. im Stadtrecht von Wiener-Neustadt §. 38 (e. v. Würth) ist die Ablösung für Gotteslästerung unbedingt ausgeschlossen.

Auch im Verfahren bereitete sich eine wichtige Umgestaltung vor. Mit dem Vordringen eines inquisitorischen Prinzips, das allerdings noch in der Form der alten Accusation hervortrat, bildete sich auch das Beweisverfahren und zwar schon frühzeitig und ziemlich gleichmäßig in ganz Deutschland um. Während sonst nur auf Antrag eines Klägers eingeschritten wurde, entwickelte sich jetzt ein Klagen von Amtswegen.[1]) Es genügte nunmehr vielfältig das Ergreifen auf handhafter That ohne weiteres Besiebnen und konnte durch einige unbescholtene Zungen ohne Besiebnen bewiesen werden. In Verbindung damit stand das allmählig in Aufnahme kommende Richten auf Leumund, worauf sich viele Städte sogar besondere Privilegien ertheilen ließen.[2]) Die Folge dieser Umbildung des Verfahrens war aber die erhöhte Aufgabe, welche nunmehr der Beurtheilungskraft der Schöffen zufiel[3]), nämlich die materielle Würdigung der That. Diese veränderte Stellung der Richter konnte aber nicht ohne Einfluß auf die Berücksichtigung der die Schuld modifizirenden Momente bleiben. Es soll zwar damit nicht gesagt sein, daß erst mit Abschluß dieser Umbildung des Verfahrens eine solche Rücksichtnahme möglich gewesen. Die Möglichkeit, sowie überhaupt ein weiter Spielraum für das richterliche Ermessen war schon damit gegeben, daß sie seit dem Untergang der Volksrechte die Repräsentanten des Rechtsbewußtseins des Volks, die Träger und Fortbildner des Rechts wurden und von einer eigentlichen Gebundenheit an das Gesetz nicht die Rede sein konnte, da die Rechtsbücher eben nur fixirte Gewohnheitsrechte waren.[4]) Es sollte nur darauf hingedeutet werden, daß die berührte Umbildung des Verfahrens für die Strafmilderung insofern von Wichtigkeit ist, als sie geeignet war, das Bedürfniß danach recht fühlbar zu machen.

Es findet sich nun auch im Mittelalter eine bewußte Abweichung von der durch Gesetz oder Herkommen festgestellten Strafe in verschiedenen Formen, in der Zulassung einer Taidigung mit dem Verletzten oder der Sippe des Getödteten, in der Stadtverweisung, in der Verwandlung

---

[1]) Theils erheben Amtspersonen selbst die Anklage, theils nehmen sie die vom Kläger fallen gelassene wieder auf. Zöpfl, Altes Bamberger Landrecht §. 163. vnd in welhem gerichte ein mort geschiht . . der niht Clager hat . . daz heisset ein elender mort. vnd da schol der schultheis vmb clagen . . . Donandt, Rechtsgeschichte von Bremen. I. p. 179. Verfolgung von Amtswegen im 14. Jahrhundert längst anerkannt. Offnung von Wipkingen (bei Bluntschli l. c. II. 248). Zwang zur Klage von Seite des Vogts oder selbstständige Klage.

[2]) Biener l. c. Hälschner l. c. Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte p. 271 ff. Ein solches Privilegium erhielt Ingolstadt im Jahr 1368 (bei Lipowsky, Geschichte des Bayr. Krim.-Rechts p. 149 abgedruckt).

[3]) Biener l. c. Hälschner l. c.

[4]) Selbst das Rechtsbuch Ludwigs d. IV. von 1347 z. B. macht hievon keine Ausnahme. Das Prooemium gebietet zwar „es sollen die richter von wort ze wort . . . darnach richten, allein das Gesetzbuch enthält nur über die wenigsten Verbrechen Strafbestimmungen und verweist eben auch in dieser Hinsicht auf die Gewohnheiten.

einer unehrlichen Todesstrafe in eine ehrliche, in dem Richten nach Gnaden. Es ist nun zu untersuchen, ob und welche gemeinsame Rechtsanschauung diesen verschiedenen Erscheinungen der Strafänderung zu Grunde liegt.

Hälschner[1]), dessen Deduction sich John[2]) und Abegg[3]) anschließen, leitet das Begnadigungs- oder Milderungsrecht des Mittelalters von der Taidigung mit dem Verletzten ab. Zur Zeit der Rechtsbücher hätten nämlich die an Leib und Hand gehenden Strafen ihre Subsidiarität für den Schuldigen verloren, nicht aber für den Kläger und den Richter, mit deren Einwilligung sich der Schuldige habe ablösen können. Später mit der Entwicklung des Strafrechts sei die Rücksicht auf den Kläger zurückgetreten und die Gestattung der Ledigung von der Strafe nur mehr vom Richter abhängig geworden. So habe sich zuletzt ein vom Kläger unabhängiges Begnadigungsrecht entwickelt, das sich denn auch als Verwandlung und Milderung der peinlichen Strafe geäußert habe.

Hälschner führt diese Entwicklung zwar zunächst nur für Norddeutschland aus, allein sie darf unbedenklich auf ganz Deutschland ausgedehnt werden. Schon, wie Hälschner nachweist, im Sachsen- und Schwabenspiegel begründet[4]), findet sich die Gewährung der Ledigung fast in allen Land- und Stadtrechten der Einwilligung des Klägers und des Gerichts anheimgestellt. So im Rechtsbuch Rupprechts von Freysingen[5]), im Stadtrecht von München[6]), im Wiener Stadtrecht[7]), im Rechtsbuch nach Distinctionen[8]) und Kulmerrecht[9]), im Bamberger Recht[10]), in den Schweizerrechten[11]) ꝛc. In manchen derselben, ins-

---

[1]) Hälschner, Preuß. Strafr. Thl. I. p. 44. 45.

[2]) John, das Strafrecht von Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher p. 345.

[3]) Abegg in der kritischen Vierteljahrsschrift. Band III. Heft III. p. 338.

[4]) Sachsensp. I. 38. §. 1. I. 65. Glosse zum Sachsensp. ad I. 62. Schwabensp. 176. 232. 317.

[5]) Rechtpuech Rupprechts von Freysing ed. Maurer c. 113. 77. Aus dem annder rechtpuech c. 2. So ainer vmb den todschlag geriht wirt vnnd lät er weiber vnd kinder hinder jm die söllen dem herrn des das gericht ist, puessen mit XXXII ℔ vnd haben sie dann mer guetz das sol ledig vnd frey sein. Es stet auch an des fürsten gnaden, was er minder nympt. Nymbt sich auch des fürsten richter an, daz er an stat seins herrn wil teydingen mit dem der den todslag gethan hat . . . so sol es fürbas stät sein.

[6]) Stadtrecht von München ed. Auer p. 272 den todslakh sol man niur unserm herrn dem hertzogen puessen.

[7]) Wiener Stadtrecht ed. Würth p. 34. Dem Richter ist die Buße auch bei der Taidigung verfallen.

[8]) Rechtsbuch nach Distinctionen ed. Ortloff. Lib. IV. Cap. V. dist. II. Cap. VI. dist. I.

[9]) Kulmer Recht ed. Lemann LII. Vorrichtet sich ein geechter man myt deme sachwalden vmme totslag adir vmme lempden adir vmme kampirwunden mit gunste des Richters.

[10]) Bamberger Recht v. Zöpfl §. 137. so schol der schultheiz keynes teyding noch richtigung fürbaz gestaten ez kom den vor an dy zente. Aus einem aus dem Jahre 1481 mitgetheilten Criminalurtheile geht hervor, daß die teydigung später von der Genehmigung des Bischofs abhing.

[11]) Bluntschli, Züricher Staats- und Rechtsgesch. II. 248. 249, Osenbrüggen, Alamann. Strafr. p. 25—33.

besondere in den Schweizerrechten, blieb nun der Einwilligung der zur Klage Berechtigten (der Freundschaft) vorherrschende Bedeutung, und war die Thätigkeit des Gerichts eine mehr nur mitwirkende[1]); eine Erscheinung, die im Zusammenhang stund mit der Fortdauer der Blutrache, die sich in Folge des Mangels einer das Gemeinwesen beherrschenden Centralgewalt nur indirect eben durch die Gestattung solcher Sühnverträge unterdrücken ließ.[2]) In andern Rechten dagegen, insbesondere im Rechtsbuch Rupprechts von Freysingen, im Stadtrecht von München, im Kulmer und Bamberger Recht tritt die Gnade des Richters entschieden in den Vordergrund gegen die Einwilligung des Klägers und fällt die Gewährung der Ledigung der Gnade des Richters, theils des Landesfürsten als obersten Richters, theils seiner Gerichte anheim. Von einer Taidigung ist jedoch in all diesen Rechten die Rede nur in Beziehung auf den Todschlag und Körperverletzungen (lempten, kampirwunden), in wenigen ist sie auch auf die Angriffe aufs Eigenthum ausgedehnt, während andere Rechte eine gütliche Vergleichung bei solchen Delicten ausdrücklich ausschließen[3]); immerhin ist sie nach der Natur der Sache auf solche Verbrechen beschränkt, wo in erster Linie das Individuum und erst in zweiter die Rechtsordnung verletzt erscheint.

Nun umfaßte aber das öffentliche Strafrecht schon in früher Zeit einen viel weitern Kreis. Auch Meineid, Gotteslästerung, Falschmünzerei fielen schon unter die strafrechtlichen Handlungen. Während Verbrechen gegen die Person noch durch Taidigung abgelöst werden, war, wie schon erwähnt, eine Ablösung bei diesen Verbrechen zum Theil ausdrücklich ausgeschlossen.[4]) Auch traten gleichzeitig neben der Form der Taidigung andere Formen der Begnadigung auf. So geht gerade aus den Schöffenurtheilen, auf welche sich Hälschner in seiner Deduktion bezicht, hervor, daß die Schöffen von Magdeburg auch wegen anderer Verbrechen als solcher, wo es sich um eine Genugthuung für den Kläger handelte, Gnade ertheilten[5]) und daß dieselbe zum Theil in der Genehmigung der Taidigung[6]), zum Theil in der Auferlegung

---

[1]) Osenbrüggen l. c. p. 28.

[2]) Osenbrüggen l. c. p. 32.

[3]) Osenbrüggen l. c. p. 81. In der Offnung von Binzikon ist die prinzipielle Unterscheidung der ehrlichen und unehrlichen Sache geltend gemacht. Freiburg im Uechtland betont als ausgenommen den Diebstahl.

[4]) So im Wiener-Neustadt Recht bei der Gotteslästerung §. 38. cfr. Note 3.

[5]) Diese Schöffensprüche sind der Zobelschen Ausgabe des Sachsenspiegels beigefügt. Ganz allgemein sagt Dist. 27. Cap. I. Thl. I. Ob sich ein man umb ungerichte, das er begangen het an dieberey, falsche, meineide, wucher und dergleich bekennte vor ein rat unn sich der stuck in genad gäb . . . wie die gnad' sein sol von r. w.

[6]) D. 23. c. II. Thl. I. hierauff sprechen wir vor recht haben die leut dörffer oder höfe mit allem recht vnd nutz . . . die mögen wol genad thun den Leuten an den brüchen mit des klägers volleist vnd willen.

einer Geldbuße[1]), zum Theil in der Ertheilung einer weniger entehrenden Todesstrafe[2]) bestand.

Somit genügt die angegebene Entwicklung zur Erklärung der verschiedenen Erscheinungen nicht.[3])

Es ergiebt sich vielmehr aus der Zusammenfassung der einzelnen Aeußerungen des Prinzips, daß das Begnadigungsrecht als ein im Begriff mit dem Blutbann verbundenes Hoheitsrecht ausgeübt wurde, daß es sich je nach der Entwicklung der Gerichtsbarkeit und der Selbstständigkeit der damit Beliehenen verschieden gestaltete und ein richterliches Begnadigungsrecht da wurde, wo der Besitz und die Ausübung des Hoheitsrechts in der Hand derselben Personen vereinigt war.

Die Begründung des Begnadigungsrechts selbst dürfte wohl in der dem Mittelalter eigenthümlichen Anschauung vom Staatsverbande liegen.

Nicht die freiwillige Unterwerfung unter die als nothwendig erkannte Staatsidee verknüpfte Unterthanen und Obrigkeit, sondern auf einem wechselseitigen Treu- und Schutzbunde zwischen dem Mächtigen

---

[1]) Dist. 27. c. 1. Thl. I. (Schluß der Stelle sub Note 5 p. 31) ... der rat hat die brüch zu richten, ob er bekennet, das er sich in des rats gnaden gegeben hat, das steet an dem rat, wie vnd was büss sy von ym nemen wöllen vnd die meren oder mindern des haben sie macht zu thun.

[2]) Dist. 26. c. 1. Thl. I. Dem Inhaber eines Lehens wird das vom Lehensherrn bestrittene Recht, einen zum Galgen Verurtheilten zum Schwert zu begnadigen, zuerkannt.

[3]) Eine Vervollständigung sucht John l. c. p. 345—349 in der Hinweisung auf den Gegensatz zwischen der autonomischen Strafgewalt der Städte und der im gemeinen Recht begründeten zu geben. Aus ersterer habe sich für die Stadt, aus letzterer für den Landesherrn ein strafrechtlicher Anspruch ergeben. Auf diese Ansprüche habe der Eine wie der Andere verzichten können. So habe sich für die Städte ein unbestrittenes Begnadigungsrecht ergeben. Conflicte hätten sich erst ergeben, als mit der Uebertragung der gemeinen Gerichtsbarkeit Zweifel entstanden, ob mit dem Recht, den Anspruch geltend zu machen, auch die Befugniß, darauf zu verzichten, übertragen sei. Abgesehen davon, daß die städtische Autonomie nicht überall auf die von John aufgezählten Delicte gegen die Stadtsatzungen beschränkt war, sondern sich meist auf alle in den Rechtsbüchern nicht erwähnten Delicte bezog*) und somit eigentlich eine subsidiäre Rechtsquelle war, so entspricht die Auffassung des Strafrechts als eines Anspruchs, den man nach Belieben erheben und fallen lassen kann, weder dem ältern germanischen Rechte noch dem des Mittelalters. Schon die Strafgewalt des Königs beruhte auf der Idee, daß er Gottes bestellter Diener sei und dafür zu sorgen habe, daß seine Gebote erfüllt werden, eine Anschauung, die durch den Einfluß des Christenthums entstand. Daß dem Mittelalter das Bewußtsein eines höhern Berufs der Strafgewalt nicht abhanden gekommen, beweist allein das allmählig hervortretende Klagen von Amtswegen, das ausdrücklich damit gerechtfertigt wird, daß das Verbrechen nicht ungestraft bleiben dürfe . . . So mag der richter clagin vff das sulch vngerichte todslagis nicht vngerichtet bleybe. Böhme, diplom. Beiträge. V. p. 141. Sachssp. III. 52. De keyser mach auer in allen Landen nicht sin vnn alle Vngerichte richten to aller Tyt darvmme lyet he den Vorsten Greueschap.

*) Donandt, Bremer Rechtsgeschichte p. 173. Thl. I. — D. v. Würth, das Recht von Wiener-Neustadt p. 84.

und dem Schwächeren beruhte der ganze Staatsorganismus. Der Verpflichtung zur Treue entspricht die Huld des Herrn, der Schutz an Leib und Leben. Aus diesem ihm durch die Aufnahme in den Treubund, sei es nur als Vasall oder als Bürger einer Stadt zugesicherten Schutz setzt sich nun der Verbrecher. Sein Leib, Leben und Gut ist dem Herrn verfallen. Der Herr mußte ihm aber nicht nothwendig seinen Schutz vollständig entziehen; er konnte ihm auch Bedingungen setzen, unter welchen seine Huld wieder zu gewinnen war. So trat denn aus dem Begriff der Huld die Strafe und Gnade hervor.[1])

Daß diese Auffassung der Begnadigung zu Grunde lag, beweisen die in allen Rechtsbüchern, Stadt- und Landrechten sowohl, als wie in Privilegien und Urtheilen wiederkehrenden Formeln: „in ducis sit potestate, sciat se gratiam nostram amisisse, begebin in der stadt gaade, es sol entfallen sin libe und gut — all sin liegend vund varend guot sol ynnsern herren (von Zürich) verfallen sin etc.[2]) Je nachdem nun der Landesherr die hohe Gerichtsbarkeit sich selbst vorbehielt, wie anfänglich in Bayern, wo zuerst nun die niedere Gerichtsbarkeit verliehen wurde oder Städte vom Könige oder vom Landesherrn damit belehnt wurden, gestaltete sich das Begnadigungsrecht verschieden. In Bayern übt es der Fürst oder an seiner Stelle sein Richter[3]) aus, in Bamberg[4]) der Bischof, in den Städten, sobald sie

---

[1]) Hierüber Osenbrüggen, das alamannische Strafrecht §. 52.

[2]) Wiener Stadtrecht 1221. nostrum etiam gratiam obtineat. Münchener Stadtrecht „die huld der Bürger verlieren" an vielen Stellen. 216. Sleht ainer ainen ze tod, leib vund guot ist in des hern gewalt. Aus einem von Lipowsky l. c. p. 152 mitgetheilten Urtheile: Wer oder wellich die wären, die heimlich Räthe oder pündten mit einander hielten . . . das des der Stadt leibs und guets verfallen sindt. Landrechtsbuch Kaiser Ludwigs: Sleht ainer den andern ze tod leib und guot, was varender hab ist, stet in des herrn hant.

Zürcher Stadt-Recht (Bluntschli, Thl. II. l. c. p. 209 . . . sölle für einen todschleger erkannth vund all sin liegend und varend guot, vunseren herren von zürich uff ir gnad verfallen sin. Stadtr. von Winterthur 1264. Bluntschli Thl. V. p. 372: Item a gratia domini jam dicte civitatis nullus meretur excludi nisi qui fraudem . . . vel homicidium perpetraverit. . . . Weisthum v. Saarbrücken in Grimm, Weisthümer III. p. 5. doitslag, dieberie, felscherie es sol entfallen sin libe und gut. Schöffensprüche bei Zobel: Ob sich ein mann umb vngericht dem rat gibt in genad . . . Böhme, Schöffensprüche p. 127. Von begebin in der stad gnade . . . Beschuldiget her (der Herzog) ir burger eynen vmb bruche die her gethan hat kegen der stat vnd gebit her sich dorumb in ir gnode vnd nehme sie in czu gnode vnd sie mogen wol gnade thun vnd gefellit icht dorabe hat der herczoge noch des koniges hoferichter nicht an vnd her ist den hirren darumb nit vorfallen das her sich in der stad gnade gegebin hat. Dieselbe Stelle findet sich im Kulm. R. III. 56 u. 57 mit dem Beisatz vnd sy sullen von ym nemen das recht — vnd wysset das mannich man gnade tun mag ane dy herren.

[3]) Anfänglich wurde in Bayern nur die niedere Gerichtsbarkeit mit Ausschluß der den Tod nach sich ziehenden Verbrechen verliehen. Später auch die höhere, Lipovsky l. c. cfr. das Citat aus Rupprecht von Freysing.

[4]) Nach dem erwähnten Urtheile aus dem Jahr 1481.

die hohe Gerichtsbarkeit an sich gebracht hatten, der Rath. Aus der Zeit des Ringens und Kämpfens der Städte um die volle Gerichtsbarkeit stammt die Stadtverweisung. Sowie sie einerseits als Milderung der Strafe erschien[1]), so war sie anderseits geeignet, den kaiserlichen Vögten, nachdem das Verfahren vor ihnen zu einer leeren Form geworden war, auch den letzten Schein des Rechtsprechens zu entziehen.[2]) Gerade die Conflikte mit den kaiserlichen Reichsvögten mögen dazu geführt haben, daß sich einzelne Städte mit dem Richter nach Gnaden, worüber Osenbrüggen Aufschlüsse gibt[3]), als mit einem besondern Hoheitsrechte belehnen ließen, während das Recht, nach Gnaden zu richten, in der allgemeinen Anschauung mit dem Blutbann verbunden war.

Bei denjenigen Verbrechen aber, welche zunächst gegen das Individuum gerichtet sind, insbesondere bei Todschlag und Körperverletzungen, mußte die Begnadigung die Form der Zulassung zur Taidigung annehmen. Es war die Idee eines öffentlichen Strafrechts noch nicht in solcher Reinheit durchgedrungen, daß nicht bei diesen Verbrechen die Idee der Reaction von Seiten der verletzten Rechtsordnung der Anschauung hätte nachstehen müssen, daß, wo die Strafgewalt dem Verletzten oder seiner Freundschaft das Schwert der Rache aus der Hand genommen, ihre nächste Aufgabe die sei, dem Kläger zu seinem Rechte zu verhelfen. Es ist diese Anschauung klar ausgeprägt in den Formeln: man soll Im (dem Kläger) helffen mit der Schleyffen vund mit dem Rade als lang biss ern vom leben zum tode bringt — mit dem schwert vund mit dem Messer vund mit der partten als lanng, bis er In vom leben zum tode bringt.[4]) Wurde die die Hinrichtung als eine Ertheilung des Rechtes an den Verletzten oder seiner Freundschaft angesehen, so würde es geradezu als eine Verletzung des Rechts des Klägers erschienen sein, wenn eine Begnadigung hätte eintreten können, ohne daß sich der Schuldige von der Rache des Klägers losgekauft hätte.

Das Begnadigungsrecht blieb aber auch nicht immer in den Händen der Gerichte. Wo sich die landesherrliche Gewalt zu einer gewissen Kraft und Selbstständigkeit erhoben hatte, wurde das Begnadigungsrecht von dem Landesfürsten den Gerichten entzogen und als Hoheitsrecht für sich in Anspruch genommen. So in Bayern durch

---

[1]) Zöpfl, das alte Bamberger Recht p. 113 hält die Stadtverweisung für das Auskunftsmittel, wenn die Zentschöffen Milderungsgründe zu erkennen glaubten.

[2]) Bluntschli, Zürcher R. u. St.G.Bch. II. p. 170.

[3]) Osenbrüggen, das Alamannische Strafrecht im Mittelalter p. 179—183. 1433 wurde dem Rath von Luzern das Recht, nach Gnade zu richten, besonders verliehen.

[4]) Das alte Bamberger L.R. Anhang II. c. §. 30 u. 31. Belege aus Schweizer Rechten. Osenbrüggen l. c. p. 28.

die Landesreformation von 1518[1]) und in der Mark vom Churfürsten Joachim im Anfang des XIV. Jahrhunderts[2]).

Fanden sich aber die Richter des Mittelalters zu einer Abweichung von der durch das geschriebene Recht oder das Herkommen normirten Strafe veranlaßt, so beruhte solch ein milderer Ausspruch nicht auf der Erwägung besonderer Gründe, welche das begangene Verbrechen mehr oder minder entschuldbar erscheinen ließen. Aehnlich, wie zur Zeit des Quästionenprozesses in Rom, war es der Gesammteindruck, den der Angeklagte machte, in Verbindung mit der Beschaffenheit des Verbrechens, was die Richter zu einer Milderung der Strafe bewog.[3]) Die nothwendige Folge war die Berücksichtigung von Momenten, welche mit der Schuld in keinem Zusammenhang standen; so in erster Linie die Rücksicht auf das frühere Leben des Angeklagten, ein Grund, der allerdings in dem Schluß von der Vergangenheit des Verbrechers auf sein zukünftiges Leben noch eine gewisse Berechtigung an sich trug. Aber auch rein politische Gründe übten oft ihren Einfluß aus. War die Rücksichtnahme auf die Familie des Angeklagten, auf seine etwaigen Verdienste um die Stadt und auf derartige Gründe schon in dem Mangel einer Ausscheidung des Begriffs der Milderung und der Begnadigung begründet, so lag die Wirksamkeit politischer Gründe insbesondere in Städten schon deßwegen nahe, weil die Rathsherren als regierende Herrn der Stadt in bewegten Zeiten keineswegs über dem Getriebe der Parteien standen, nnd die Wahrung einer Unabhängigkeit, wie sie die Gegenwart von den Gerichten verlangt, bei der Verbindung verschiedener Gewalten eine Unmöglichkeit war.

So war denn auch das Bestreben der Fürsprecher, wie aus den uns überlieferten Formeln, die allerdings keine Meisterstücke gerichtlicher Beredsamkeit sind[4]), lediglich dahin gerichtet, eine milde Stimmung und Rührung der Richter zu erzielen. Unterstützt wurden sie hierin oft von der Geistlichkeit[5]) und von der Freundschaft des Angeklagten.[6])

---

[1]) Reformacion dez bayrischen Landrechts 1518. Tit. XIX. Art. 6. . . . So söllen dieselben pene des tods vnd leibstraff füran vnns vnnd vnnsern Rätn nach grösse vnnd gelegenheit des verprechenns zu mässigen gepürn vnd züsteen.

[2]) Hälschner, Preuß. Strafr. Thl. I. p. 53.

[3]) Osenbrüggen, Alamannisches Strafrecht p. 183.

[4]) Z. B. von Zöpfl, Bamb. Landr., mitgetheilt: Er heisst mich reden vnd spricht er hab sich vergessen vnd sei vnschuldiglich zu den Sachen kommen vnd Bit gnade. Er wolle gern puessen vnd bessern, was die erbern schöpfeu erkennten oder ander piderleut. Es wer mit den oren oder augen oder ewiglich von der stat. p. 146. Osenbrüggen, Alamannisches Strafr. erwähnt p. 180 eine ähnliche Fürbitte, in der sich der Fürsprech zum Organ des ganzen Publikums macht. Osenbrüggen findet sie rührend, während Zöpfl die von ihm mitgetheilte Formel für das Erbärmlichste erklärt, was sich von gerichtlicher Beredsamkeit denken lasse. Juristisch steht die Schweizerformel auch nicht höher; um juristische Begründung handelte es sich aber auch nicht.

[5]) Osenbrüggen in den Rechtsalterthümern aus der Schweiz. Abgedr. in der Zeitschrift des Zürcher wissenschaftlichen Vereins III. p. 175.

[6]) Bluntschli Zürcher St. u. R.G. p. 415 erwähnt ein Beispiel aus

In den Gesetzen finden sich daher auch nur wenige Strafänderungsgründe erwähnt und selbst diese mehr gelegentlich, als in Form von Vorschriften.

Strafmilderungsgründe.

Jugend.

Eine Berücksichtigung der Jugend findet sich sowohl im süddeutschen, als wie in norddeutschen Rechtsquellen. Zum Theil erscheint sie als Strafausschließungsgrund, wie im Augsburger Stadtrecht von 1275[1]), zum Theil als Milderungsgrund. Insbesondere fiel die Todesstrafe weg und wurde meist auf eine körperliche Züchtigung erkannt. Die Bestimmung des Schwabenspiegels 232[2]), wonach im Falle der Insolvenz Haut und Haarstrafe eintreten soll, findet sich wieder im Kulmer Recht V. 36. Wenn sich auch wie John behauptet[3]), kein Analogon zu dieser Stelle in den norddeutschen Rechtsquellen findet, so erwähnt er doch selbst eine Bestimmung aus den Anm. zum Lübischen Rechte II. 71, in der bei den mit Unterscheidungsvermögen handelnden jungen Verbrechern von Begnadigung die Rede ist.[4]) John selbst interpretirt es als Milderung der Strafe, und es bliebe also kein Zweifel als der, ob gerade die im Schwabenspiegel gedrohte Strafe eintrat.

Thätige Reue.

Der Einfluß der thätigen Reue findet sich erwähnt im Münchner Stadtrecht[5]) beim Verbrechen des Raubs und Diebstahls. Es soll hier weder der doppelte Ersatz noch die Rechtlosigkeit eintreten.

Affect und Culpa.

Ob der Affect und die culpa bei Tödtungen als Milderungsgründe für diese Periode anzusehen sind, ist sehr zweifelhaft. Zöpfl hält zwar die Stadtverweisung, die nach Bambergerrecht bei Todschlag oft erkannt wurde, für das Mittel, die culpose Tödtung, sowie die im Affect verübte zu berücksichtigen[6]), allein es bleibt selbst für das Bambergerrecht sehr zweifelhaft, ob es der Thatbestand des Mordes und des Todschlags schon durch Hervorhebung des vorsätzlichen Momentes geschieden. Diese ganze Periode hindurch bildet den Unterschied zwischen Tödtung und Mord, nicht die Gemüthsstimmung, in welcher das Verbrechen begangen wird, sondern, wie zur Zeit der

---

dem J. 1424, wo man en masse zum hohen Rath ziehen wollte, um Fürbitte einzulegen, jedoch nur eine beschränkte Zahl zugelassen wurde. Zöpfl, Bamb. L.R. p. 114.

[1]) Augsburg. Stadtr. (abgedr. in Walchs Beiträgen zur deutschen Gesch. Bd. IV. p. 154) was Kinde tun die ze Iren tagen nit komen sind das soll ihr vater richten hinze 15 Jahr, ist aber sin Vater tod so soll es der nechst pfleger richten vnd hat weder vogt noch niemand damit zu schaffen ...

[2]) Schwabsp. (ed. Lassberg 332.) Dy wyle eyn mensche vndir vumftzen iaren ist, so mag is synen lyb vmme dupheyt nit vorwyrken. Vnde hot is aber pfleger vnde gut so sol man den leuten vor is gelden vnd hat es nicht ze gelden, man sol ihm hawt vnd hor abeslan. Kulm. V. 36.

[3]) John l. c. p. 94—100.

[4]) John l. c. p. 102.

[5]) Auer, Münchner Stadtrecht. Sätze aus ältern Samml. VII. 65.

[6]) Zöpfl, Bamb. Landrecht. p. 113.

Volksrechte, noch die Art und Weise wie es begangen wird.[1]) Die heimliche und hinterlistige Tödtung allein ist noch nach der Auffassung des Sachsen- und Schwabenspiegels Mord und wird mit dem Rade bestraft, — die in offener Fehde, wenn auch mit Vorbedacht und Absicht, begangene — Todschlag, und für ihn ist überall eine mildere Strafe festgesetzt. Ob nun im Bambergerrecht für den Todschlag die Stadtverweisung festgesetzt war oder ob er wie im Sachsenspiegel[2]) mit der Schwertstrafe bedroht war, läßt sich nicht mit Sicherheit entnehmen. Die Annahme einer Milderung setzt eben bei der Auffassung des Mittelalters noch eine weitere Unterscheidung in der Bestrafung des Todschlags voraus, da unter seinen Thatbestand unter Umständen auch die dolose, mit Vorbedacht verübte Tödtung fiel. Ihr gegenüber erscheint aber die im Affect verübte, sowie die culpose der Bestrafung nach nicht unterschieden. Allerdings kommen Fälle außerordentlich milder Bestrafung vor, wie z. B. im Zürcher Bezirk, insbesondere, wenn der Ehemann die Frau auf dem Ehebruch betrat.[3]) Allein gerade hier wird nicht der in der Aufregung Handelnde, sondern der seine verletzte Hausehre Rächende, der redliche Todschläger, so milde beurtheilt.

Rücksicht auf persönliche Verhältnisse.

Geschlecht.

Wie im Bußensystem Stand und Rang, Geschlecht und überhaupt die verschiedenen persönlichen Verhältnisse Berücksichtigung fanden, so äußerten sie auch in dieser Periode ihren Einfluß in der Verhängung der Strafen. Für Männer und Frauen waren verschiedene Strafen bestimmt, allerdings für die einen wie für die andern zum größten Theil gleich grausam, so daß hierin eine Begünstigung des weiblichen Geschlechts nicht gesehen werden kann.

Rang und Stand.

In den Städten macht sich, wie früher im Bußensystem, der Unterschied zwischen den Bürgern und den Fremden geltend, sowohl bezüglich des Verbrechers als hinsichtlich des Verletzten.[4])

Geib[5]) ist zwar der Ansicht, daß diese Rücksichten auf persönliche Verhältnisse im Leben wie in der gerichtlichen Praxis zum größten Theil verschwunden seien, aber Aeußerungen wie die Rupprechts von

---

[1]) Geib, Lehrbuch des S.R. p. 128. Hälschner, Geschichte d. Preuß. Brand. Strafrechts I. p. 38.

[2]) Sachssp. II. 13. 4. 5. Alle mordere . . . die sal man radebreken. Die den man slat . . . den sal man dat hovet asslan.

[3]) Bluntschli l. c. III. p. 419. Es wurde als redlicher Todschlag angesehen und nur eine Scheinstrafe verhängt. So sol derselb Eeman, so dero eyns oder sy beyde lyblos gethan hat, Achtzehen haller vff den todten Lychnam leggen vnd damit gericht vnd Rechten gebuesst haben.

[4]) Zöpfl, Bamb. Landr. p. 128. u. a. a. Orten. Bluntschli, Zürcher Rechts- u. Staats-Gesch. III. p. 417 insbesondere wurde beim Todschlag darauf Rücksicht genommen, ob er von einem Bürger gegen einen Bürger oder gegen einen Fremden oder ob er von einem Fremden an einem Bürger verübt wurde.

[5]) Geib, Lehrbuch p. 216.

Freysing 77 das man dem chnecht puess als dem herrn vnd dem herrn als dem chnecht . . . das ist weder gotzrecht noch landtsrecht, Vorschriften, wie die des Wiener Stadtrechts, wonach Höhergestellte an das Gericht und die Huld des Landesfürsten verwiesen werden[1]), und eine Gerichtspraxis wie die Bamberger, welches bis in das 17. Jahrhundert hinein Bedenken trug, gegen einen Adelichen Todesstrafe zu erkennen[2]), beweisen doch, wie tief diese Anschauungen eingewurzelt waren und wie unwahrscheinlich es ist, daß sie sich nicht während dieser Periode noch allenthalben sollten geltend gemacht haben.

Strafschärfungsgründe.

Rückfall.

Eine Schärfung wegen Rückfalls findet sich bei verschiedenen Verbrechen erwähnt:

Bei der Injurie, wo das Berner Recht bei der 4. Bestrafung bis zur Todesstrafe geht[3]), bei Meineid und Eidesbruch[4]), bei falschem Gewicht[5]), beim Verrücken von Marksteinen[6]), beim Ehebruch, der nach der bayerischen Landesreformacion zum drittenmale peinlich bestraft wird, insbesondere aber bei Diebstahl, womit John wegen Sachsenspiegel I. 39. den Raub zusammenstellt.[7])

Hiernach tritt nämlich für den wegen Raubes bestraften derselbe prozessualische Nachtheil, wie für den wegen Diebstahls bereits bestraften ein. Beide können sich nämlich durch den einfachen Eid nicht mehr reinigen. Auf Grund dieser Stelle Diebstahl und Raub zusammenzustellen, hat aber abgesehen davon, daß aus der Zeit der Rechtsbücher keine Quellenzeugnisse hiefür vorliegen, noch das Bedenken gegen sich, daß die Schärfung bei Raub und Diebstahl eine sehr unverhältnißmäßige wäre. Während nämlich den Dieb wegen des zweiten Diebstahls die Todesstrafe trifft, hat der Räuber sein Leben ohnedieß schon verwirkt.

Die Gesetze, welche wegen eines nach erfolgter Bestrafung begangenen Diebstahls ohne Rücksicht auf den Werth Todesstrafe verhängen, geben die Voraussetzungen der zweiten Strafe in etwas allgemeiner Fassung, indem sie nämlich die wegen Diebstahls gewöhnlichen Strafen als bereits erduldet erwähnen, nämlich das Ohrenabschneiden, durch die Zähne brennen[8]) 2c. Diese Strafen sind nun

---

[1]) Wiener Stadtrecht. Gaupp, deutsche Stadtrechte p. 227.

[2]) Zöpfl, Bamb. L.R. p. 128.

[3]) Osenbrüggen, Alamann. St.R. p. 185. Bremer Recht doppelter Buße. John l. c. p. 340.

[4]) Osenbrüggen l. c.

[5]) Augsburger Stadtrecht p. 82.

[6]) Freiburger R. von 1520. Osenbrüggen 186.

[7]) John l. c. p. 341 ff. Sachssp. I. 39. **De ir recht mit rove oder mit düve verloren hebbet . . .**

[8]) John p. 341. Goslaer Statuten p. 37 wird die Todesstrafe für den kleinen Diebstahl ausgeschlossen **it ne si dat he** (der Dieb) **rove ok be-**

allerdings nicht auf den Diebstahl beschränkt, sondern konnten auch wegen anderer Verbrechen eintreten. Diese Möglichkeit habe nun, meint John, den Quellen Veranlassung genug gegeben, den strafschärfenden Einfluß der frühern Bestrafung auf dasselbe Verbrechen zu beschränken. Weil sie es nicht gethan, so sei diese Wirkung auf alle früheren entehrenden Bestrafungen auszudehnen, und der Rückfall als Strafschärfungsgrund dem entsprechend zu erweitern. Johns Folgerung setzt aber offenbar noch die Prämisse voraus, daß die Verfasser der Quellen schon in der Bestrafung wegen irgend eines früheren Verbrechens einen so hohen Grad der Strafbarkeit erblickten, der eine qualitativ so bedeutende Steigerung, wie beim Diebstahl den Uebergang zur Todesstrafe, erforderlich mache. War diese Anschauung jenen Verfassern und überhaupt jener Zeit fremd, so hatten sie auch nicht den mindesten Grund zu der von John gewünschten Beschränkung.

Daß aber diese Anschauung Geltung gehabt habe, zu dieser Annahme geben die Quellen nicht den mindesten Anhaltspunkt. Die von John allegirte Stelle aus den Goslaer Statuten p. 37[1]) findet sich ziemlich ähnlich im Münchner Stadtrecht[2]), wieder aber mit ausdrücklicher Beziehung auf den Diebstahl. In den übrigen Gesetzen, wo die abermalige Begehung eines Verbrechens mit härterer Strafe belegt wird als das erstemal, ist ausdrücklich immer dasselbe Verbrechen genannt.[3]) Es kann also dem Rückfall als Schärfungsgrund keine weitere Ausdehnung gegeben werden als auf die Begehung des gleichen Verbrechens nach erfolgter Bestrafung und zwar erscheint er nur bei solchen Verbrechen erwähnt, die leicht zur Gewohnheit werden. Daß die Begehung früherer Verbrechen und die deshalb erfolgte nicht von bedeutendem Einfluß auf die Zumessung war, soll damit nicht gesagt sein. Das fiel dann aber überhaupt mit der vita ante acta zusammen, die im Prozeß wie im Strafrecht eine gleich bedeutende Rolle spielte.

Als Schärfungsgründe erscheinen auch noch Ort und Zeit der Verübung, insbesondere bei einzelnen Verbrechen. So wird nach dem Ort und Zeit.

---

sproken si — it ne si dat he anröchtig si etc. S. 37. Wert en büdelsnidere begrepen mit minnerer denne vif schillinghe wert, „de enes dumen oder der oren nicht hevet oder der de tene ghebrant ist", oder so dane tekene de misdadighe lüde phleget te hebben, de an sich hevet, oder dat man van ime bi warheyt wiste dat he misdedich were oder hedde ghewesen, dene scal man hengen.

[1]) cfr. Note 8 p. 38.

[2]) Auer Münchner Stadtr. p. 77. Todesstrafe wegen Rückfalls, wenn Einer, der bereits die Strafe des durch die zend prennens erlitten hat, in der Folge wieder im Werth von 3 dn. stiehlt. Ludovici allegirt zu Sachsensp. II. 15 eine Stelle aus der Glosse, wornach die Beschränkung des Rückfalls auf gleiche Verbrechen keinem Zweifel unterliegt: Wenn ein Beutelschneider bei Tagesschein auf 3 Schillinge Werth gestohlen, so schneidet man ihm ein Ohr ab, thut er es mehr, man soll ihm henken . . . denn die strafe welche man ihm hat angelegt hat ihm ein erinnerung sein sollen, dass es ihm dasselbige mal ist vergeben worden.

[3]) Das gibt John selbst zu l. c. Für Beschränkung auf gleiche Verbrechen ist auch Osenbrüggen. Alamann. St.R. S. 83.

Sachsen-[1]) und Schwabenspiegel[2]), sowie nach dem Kulmer Recht[3]) Diebstahl bei Nachtzeit als todeswürdig erklärt, mit ausdrücklicher Hervorhebung, daß es hiebei auf den Werth des Gestohlenen nicht ankomme.

Auch der Diebstahl an gefreiten Orten, Kirchen, Märkten, Bleichen, Mühlen und dergleichen erscheint höher strafbar als an andern. Belege hiefür finden sich im Sachsenspiegel und im Münchener Stadtrecht[4]), in letzteren sind jedoch auch andere an besonders geheiligten Orten begangene Delicte mit höheren Strafen bedroht, z. B. Scheltworte vor Gericht.[5])

Konkurrenz. Was die Konkurrenz betrifft, so herrscht bei den Leibes- und Lebensstrafen das Cumulationsprinzip, während sich bei den Bußen die Asorption geltend macht.[6]) Die Häufung der Strafen wurde in einer mitunter komischen Weise über die Grenze der Möglichkeit hinaus verfolgt. Als eines der eclatantesten, mit einer gewissen Erfindungsgabe ausgedachtes Beispiel mag eine Bestimmung der Landgerichtsordnung der freien Aemter in Aargau hervorgehoben werden. Hienach soll man den Mörder, der gestohlen oder gebrannt hat, auf das **Rad flechten und binden und auf dem Rad am Galgen aufrichten und seinen Hals als einen Dieben daran knüpfen und ihn als einen Dieb, Brenner und Mörder mit dem Rad in ein Feuer stossen.** Aehnliche Urtheile erwähnt Hälschner aus der Praxis der Schöffen von Berlin noch aus der ersten Hälfte des XVI. Jahrhunderts. Dennoch wird angenommen werden können, daß man mitunter auch die schwerste Todesstrafe für genügend hielt. Sicher war dieß der Fall in der spätern Zeit; wenigstens enthalten die von Hälschner mitgetheilten Schöffenurtheile hiefür Belege.

Im Bußensystem dagegen machte sich schon frühzeitig der Grundsatz geltend, daß die größere Buße die geringere absorbire. Es wurde in der Schweiz so gehalten[7]), es finden sich ausdrückliche Bestimmungen hierüber im Münchener Stadtrecht[8]), und es äußerte sich das Prinzip

---

[1]) Sachsensp. Bch. II. Art. 39. We de nachtes Korne stelt, he verschult des galgen. Stelt he yt des dages yt get eme an den hals. — Glosse zu Art. 13. Bch. II. . . . wer des nachts den andern in seine hauss begreift, das verschlossen, was er hab gestolen oder nicht, so get es im an den leib, darumb welch bossheit aller gemeinest ist des sol mann sever steuern.

[2]) Schwabensp. 201. e. Ist das ein man eine diepheit tuet eines nahtes den sol man toedten. 202. Swer des nahtes korn stilet, der ist dez galgen schuldig . . . vnd ist ein phennige wert ez gat im an das leben.

[3]) Kulm. V. 28.

[4]) Sachsensp. Bch. II. 13. Alle mordere vnde de den pluch rovet oder mollen oder kerken oder kerkhove etc. vnd Mortbrennere de schal man radebreken. Münchener Stadtrecht. 277. 316. 332. 378.

[5]) Münchener Stadtrecht, doppelte Buße 177.

[6]) Osenbrüggen, Alamann. Strafrecht §. 85. Hälschner, Geschichte des Brandenburg. Preuß. St.R. p. 109. John, Strafrecht von Norddeutschland 2c. 273.

[7]) Osenbrüggen l. c. §. 85.

[8]) Auer, Münchner Stadtrecht. Aus früheren Sammlungen von Stadtrechtssätzen VII. 51. Aus dem Stadtrecht. Art. 305 mit besonderer Beziehung auf mehrere unmittelbar hintereinander folgende [illegible]

unter andern auch darin, daß wegen verschiedener gleichzeitig zugefügter Verletzungen nur wegen der schwersten Klage erhoben werden könne.[1])

Daß aber in dem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen je ein Grund zur Schärfung der an und für sich verwirkten Strafen gesehen worden wäre, ist aus keiner Bestimmung zu entnehmen. Es gilt hier dasselbe, was oben von früheren Bestrafungen gesagt worden; wie diese so war auch das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen für die Beurtheilung des Verbrechens gewiß insofern nicht ohne Bedeutung, als es ihn als jeder Gnade für unwürdig erscheinen lassen konnte.

Anhang. Rechtsgewohnheiten und Mißbräuche.

Erwähnt mag noch werden, daß weder in Stadt= noch Landrechten sich von den bei den italienischen Juristen erwähnten Milderungsgründen des Mißlingens der Exekution und des Anerbietens eines Mädchens, den Verbrecher zu heirathen, etwas findet. Es waren dies particuläre Rechtsgewohnheiten, die sich zum Theil lange Zeit erhalten zu haben scheinen. So berichtet Osenbrüggen, daß sogar noch im Jahr 1725 im Rapperswil ein Verbrecher einer ehrsamen Jungfrau geschenkt worden[2]), und selbst in Carpzovs Practica finden sich noch eine Reihe von Schöffenurtheilen, wornach das Mädchen, das sich des Verbrechers erbarmt, mit ihm zusammengegeben und dann beide des Landes verwiesen werden sollten.[3])

Weniger verbreitet scheint die Sitte gewesen zu sein, dem Verbrecher mit der bloßen Todesangst davon kommen zu lassen, wenn die Exekution mißlang, z. B. wenn der Strick riß. Doch finden sich auch Beispiele, daß man es bei der Exekution darauf ankommen ließ, ob Gott ein solch vermeintliches Wunder wirken wolle. So kam es zum Beispiel vor, daß man den zum Ertränken Verurtheilten einigemal untertauchte, eine Strecke fortschwimmen ließ und ihn an einer bestimmten Stelle wieder auffing. Kam der in's Wasser Geworfene wieder zu sich, so wurde die Exekution nicht wiederholt. Es hatte sich Gott „des armen Menschen" erbarmt und in seinen Rathschluß wollte der Mensch nicht mehr eingreifen.[4])

Ein eigenthümlicher und wie es scheint ziemlich verbreiteter Mißbrauch bestand in der Einräumung eines gewissen factischen Milderungsrechts an den Scharfrichter, indem es ihm überlassen blieb, die Art der Todesstrafe zu bestimmen. Erwähnt findet sich dieser Gebrauch im Bremer Recht[5]) und im bayrischen.[6]) Gegen Ende dieser Periode scheint er jedoch ziemlich allgemein geworden zu sein, da Tengler im Laienspiegel gegen denselben eifert, ohne von particulären Gewohnheiten zu

---

[1]) Zöpfl, Bamberger Landrecht p. 129, wenn bei ein und demselben Raufhandel ein Mann geschlagen oder verwundet wurde, so wird unter Umständen nur die schwerere gebessert.

[2]) Osenbrüggen in der Zeitschrift des wissenschaftlichen Vereins in Zürich II. III. p. 180. 181.

[3]) Carpzovii Practica qu. 149. 49—59.

[4]) Osenbrüggen l. c.

[5]) Donandt, Bremer Recht I. p. 182 ff.

[6]) Lipowsky, Geschichte des bayr. Crim.=Rechts, Anhang.

sprechen.[1]) Donandt erklärt die Unsitte daraus, daß das Verfahren vor dem Vogt zuletzt bloße Form geworden und derselbe nur der Form halber die Frage nach dem Urtheil an einen vom Rathe schon vorher instruirten Diener gestellt habe. Da man die Antwort schon im Voraus gewußt, so sei es natürlich gewesen, den Freimann zu fragen. Es mag sich ähnlicher Weise in München verhalten haben, da das von Lipovsky[2]) mitgetheilte Urtheil aus dem Jahr 1400 vor dem großen Rathe gefällt wurde. Aus der Urkunde selbst läßt sich jedoch kein Aufschluß über die Entstehung entnehmen, dagegen geht mit Evidenz aus ihr hervor, daß die Frage an den Freyenmann nicht bloße Form geblieben, da derselbe in diesem Falle zuerst seine Meinung, welche Todesart gewählt werden solle, zum Besten gibt, dann aber die leichtere des Schwerts wählt.[3]) Ein weiterer Beweis dafür liegt darin, daß die Reformacion des bayr. Landrechts von 1518 die Frage an den Freyenmann ausdrücklich abstellt und die Bestimmung der Todes- und Leibesstrafen für den Herzog und seine Räthe in Anspruch nimmt.[4]) Die natürlichste Erklärung möchte wohl in dem todten Formalismus, in den das Verfahren vor dem Schöffengerichte versank, zu finden sein. Wie sich die ganze Verhandlung nach den von Zöpfl[5]) mitgetheilten Formeln, Schritt für Schritt, nach stereotypen Fragen und Antworten abspann, so mochte wohl zuletzt auch noch eine Frage an den Scharfrichter gestellt werden, und sich aus der Gewohnheit ein gewisses Recht gebildet haben.

Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.

Einer der am lebhaftesten empfundenen Uebelstände, welche bei dem Verfalle des Strafrechts im 16. Jahrhundert zu einer gemeinsamen Gesetzgebung drängten, war die zügellose Willkühr, in welche die Ungebundenheit der Schöffengerichte ausgeartet war.[6])

Eine Unzahl von Mißbräuchen hatte sich dadurch in den Gerichtsgebrauch eingeschlichen, worunter die Ausbeutung der Ablösung um Geld selbst bei den schwersten Verbrechen als einer Einkommensquelle[7]) und

[1]) Malblank, Geschichte der peinlichen G.O. p. 44. 45.

[2]) Lipovsky l. c.

[3]) Lip. l. c. . . . vnd also sprach Ich (der Richter) dem freyen man zu wellichem tod sy verdient haben, der ertailet auf seinen Aid, sy hetten nach der anklag einen andern tod verdient, man soll aber mit dem schwert hintz In richten vnd sy enthaupten.

[4]) Reformacion 1518. XIX. 6.

[5]) Zöpfl, Bamberger Landrecht. Anhang V.

[6]) Wächter, Gemeines Recht Deutschlands p. 118 ff.

[7]) Malblank, Geschichte der Peinl. Gerichtsordnung. 1783. p. 17.

der Unfug, die Art der Todesstrafe durch den Scharfrichter bestimmen zu lassen und ihm factisch ein gewisses Milderungsrecht einzuräumen, zu den bittersten und häufigsten Klagen Anlaß geben.[1])

Dieser Willkühr durch strenge Normen entgegenzutreten, hätte allerdings die Carolina vollen Grund gehabt, wenn sie ein Strafcodex im modernen Sinne hätte sein wollen und sich nicht von dem Einflusse der Rechtsgelehrten, welchen sie trotz der Beibehaltung der Schöffenverfassung ein die Schöffen erdrückendes Uebergewicht einräumte, zu glänzende Hoffnungen für die Herstellung eines geordneten Rechtszustandes gemacht hätte. So verzichtete sie aber darauf, ein in sich geschlossenes fertiges Ganzes zu sein, das keiner Ergänzung bedürfe, und begnügte sich damit, eine Grundlage zur Vermittlung des einheimischen und fremden Rechtsstoffes zu geben, welch letzterer im Bewußtsein der Zeit bereits als Reichsgesetz recipirt war.[2]) Den Ausbau des von ihr gelegten Fundamentes, die weitere Fortbildung des Rechts, überließ sie den gelehrten Juristen. Daher verweist sie an so vielen Stellen, insbesondere, wo es sich um die Würdigung feinerer Schuldunterschiede handelt[3]), auf den Rath der Rechtsverständigen, anstatt überall selbstständige Grundsätze aufzustellen. Allerdings sollte durch diese Verweisung zunächst die Subsidiarität des römischen Rechts ausgesprochen werden, und war damit im Sinne der Carolina die ganze Entscheidung nicht in das bloße Ermessen des Richters gegeben, wie diese Verweisung ausgelegt wurde. Da aber die Rechtsverständigen die Organe der Vermittlung, die Depositare des ganzen Rechtsschatzes waren, mithin immerhin ihre aus dem Studium des römischen Rechts gewonnenen Anschauungen maßgebend waren, so lag es natürlich nahe, dem eigenen Ermessen einen möglichst ausgedehnten Spielraum zu geben, für die eigene Ansicht in Anspruch zu nehmen, was nur dem fremden Rechte eingeräumt war.[4])

Abgesehen davon darf nicht verkannt werden, daß der Verfasser der Carolina das römische Recht eben auch aus keiner andern Quelle als aus den Schriften der italienischen Praktiker kannte, daß also in der Verweisung auf das römische Recht gewissermaßen die Sanction der italienischen Doctrin lag.

---

[1]) Malblank l. c. p. 44 u. 45. Hiernach eiferte Tengler im Laienspiegel besonders gegen letztern Mißbrauch.

[2]) Diese Bedeutung liegt besonders Wächter, Gem. Recht Deutschlands, der Carolina bei. Deßgleichen Geib, Lehrbuch I. p. 270.

[3]) Z. B. bei der Nothwehr Art. 142 alles nach sonderlicher radtgebung der rechtsverständigen . . . wann die fell gar subtil vnderscheyd haben, darnach hierin anderst vnd anderst, schwerlicher oder linder geurtheilt werden soll.

[4]) Dies wurde insbesondere von der Doctrin des XVI. u. XVII. Jahrhunderts übersehen, jedoch auch noch später. Man nahm, obwohl Böhmer (vide unten) auf die Subsidiarität des römischen Rechts hinwies, jede Strafe, hinsichtlich welcher die CCC auf den Rath der Rechtsverständigen hinweist, als arbiträr

Von diesen Gesichtspunkten aus müssen nun auch die Strafbestimmungen der Carolina gewürdiget werden. Daß die C. C. C. keine ausdrückliche Ermächtigung enthält, von den bestimmten Strafen abzugehen, ist dafür kein Beweis, wie Feuerbach meint[1]), daß sie den Richter in allen Fällen, wo sie eine Strafe selbst festgesetzt hat, unbedingt daran gebunden wissen will. Eine so unbedingte Gebundenheit wie sie Feuerbach verlangt, lag weder im Bewußtsein der deutschen Strafrechtspflege, noch in dem der italienischen Praktiker. Gerade der Willkühr gegenüber, welche in Deutschland in den Gerichten eingerissen war, sowie der ausgedehnten Freiheit, welche die Italiener für das richterliche Ermessen in Anspruch nahmen, gegenüber hätte Schwarzenberg alle Veranlassung gehabt, gegen eine solche Befugniß Einspruch zu erheben und in seine Gesetzbücher eine Bestimmung aufzunehmen, welche den Richtern die strengste Beobachtung der Gesetze eingeschärft hätte. Eine weitere Voraussetzung wäre aber dann noch die gewesen, daß Schwarzenberg die Verbrechen nach einem festen Prinzip und diejenigen, welche ihm als die strafbarsten und am meisten der Repression bedürftig erschienen, mit einer bestimmten, die übrigen mit arbiträren Strafen belegt hätte. Ein solches Prinzip läßt sich aber in den Strafbestimmungen der Carolina nicht entdecken, indem sie bestimmte Strafen in den Fällen ausspricht, in welchen die allgemeine Gewohnheit eine gewisse Strafe auf ein Verbrechen festgesetzt hatte, z. B. auf den Mord das Rädern, auf das Brennen das Feuer[2]), sonst, insbesondere wo es sich um feinere Unterscheidungen der Zurechnung handelt, selbst wenn sie eigene Grundsätze hierüber aufstellt[3]), bezüglich der Bestrafung dennoch auf den Rath des Rechtsverständigen verweist. Ueberdieß ist die Abschreckung, wenn sie auch in einzelnen Bestimmungen stark hervortritt, doch nicht durchgreifendes Prinzip der Carolina. Sie zeigt im Gegentheil fast durchgängig das Bestreben, der wirklichen Verschuldung nach der Ansicht der damaligen Zeit gerecht zu werden. Diese, wenn auch im Einzelnen nicht festgehaltene Auffassung der Strafe, tritt besonders klar hervor in der Vorschrift des Artikel XCII, wornach die Richter nach beyder theil vnd allem fürtrag . . . alle gerichtliche fürtreg vnd handlung für sich nemen, mit fleiss besichtigen vnd erwegen vnd darauf nach jrem besten verstendtnuss diser vnser peinl. ger. ordnung „nach gelegenheyt eyns jeglichen falls“ am allergleichesten vnd gemessigsten vrtheil in schrift fassen lassen . . . sollen.[4]) Detaillirte Vorschriften über Milderung und

---

[1]) Feuerbach, Revision der Grundbegriffe I. p. 419 ff.

[2]) C. C. C. a. 137 fürsetzlicher mord mit dem Rad, Todschlag mit dem Schwert (allerdings in einer von der frühern Periode verschiedenen Auffassung. — a. 125. bosshaffte prenner — Feuertod. a. 116. Sodomie — Feuer. a. 118 Nothzucht — Schwert ꝛc.

[3]) Z. B. Beim Versuch a. 178 von straff vnderstandener missethat. Hier stellt sie als Grundsatz die gelindere Bestrafung auf, ohne jedoch die Strafe zu bestimmen.

[4]) Auch in speziellen Bestimmungen wiederholt sich die Vorsorge für die

Schärfung der Strafen können demnach von der Carolina nicht erwartet werden.

Dennoch traf sie, um völliger Unbestimmtheit zu begegnen, im Art. 104 die Bestimmung, daß in Fällen, in welchen die kaiserlichen Rechte eine peinliche Strafe nicht festsetzen, eine solche nicht eingeführt werden dürfe.[1])

Die Art der Ausführung aber wird sowohl bei Todesstrafen als auch bei solchen, die nicht an das Leben gehen, dem Ermessen des Richters überlassen. Mit dieser Bestimmung war dem Richter eine Schranke gesetzt, zugleich ausdrücklich eine weitgehende Befugniß eingeräumt, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden darf, wenn man erwägt, daß es bei der Fülle der grausamsten Lebens- und Leibesstrafen, welche im Mittelalter gebräuchlich waren, und welche die C. C. C. in einer reichen Auslese gesammelt hatte, für den Verbrecher keineswegs gleichgültig war, welche Strafe gewählt wurde. Es äußerte sich das früher von den Gerichten geübte Begnadigungsrecht häufig genug in der Ertheilung einer weniger grausamen Todesstrafe.

War somit der Richter bezüglich der Schärfung und Milderung so ziemlich an das römische Recht gewiesen, so ist die C. C. C. doch nicht ohne alle Bestimmungen, welche für Milderungsgründe und Schärfungsgründe geltend gemacht werden können.

Milderungsgründe.

Von der Berücksichtigung der Jugend sprechen zwei Artikel, a. 179 ganz allgemein und a. 164 von jungen Dieben. Die erste Jugend.

Würdigung des concreten Falls z. B. a. 179. C. C. C. von übelthätern, die jugent oder gebrechlichkeit halben . . . das soll mit allen umstenden . . . dann in den sich oft wiederholenden Ausdrücken „in dem einen fall anders denn in dem andern.“

[1]) Dem Art. 104 wird von Vielen, insbesondere Feuerbach, Revis. I. p. 277. die Beschränkung gegeben, es solle auf eine peinliche Strafe nicht erkannt werden, wenn die Gesetze eine andere nicht zu dem peinlichen gehörige Strafe verfügt haben. Diese Einschränkung wird zwar dadurch widerlegt, daß die Gesetze überhaupt keine andere Strafe verhängen, als eine solche, welche die C. C. C. unter dem Begriffe peinlich begreift, d. h. eine Strafe an Leben, Leib, Ehre oder Gut. Es knüpft sich aber daran die weitere Frage, ob nach gemeinem Rechte die arbiträre Strafe auf den Tod ausgedehnt werden dürfe, was auch nach Köstlin, System p. 586 unbedingt bejaht werden soll. Es kann dies nur auf Grund des Art. 105 geschehen, durch den die Sanction des „nulla poena sine lege“ für die vnbenannten peinlichen felle wieder aufgehoben wäre. Art. 105 weist aber nicht zunächst auf das Ermessen der Richter, sondern auf die Subsidiarität des römischen Rechts und auf die Analogie des gemeinen Rechts überhaupt es söllen richter vnd vrtheyler bey vnsern Reten Rats pflegen, wie in solchen zufelligen oder vnuerständlichen fellen den keyserlichen rechten vnd vnnser ordnung am gemessensten geurteylt und gehandelt werden mögen. Art. 104 faßt das Verbot ganz generell, und es ist kein Grund einzusehen, warum in Fällen, von welchen, die C. C. C. nichts enthielt, eine Ausnahme gemacht werden sollte. Zur generellen Fassung war aller Grund gegeben, da es stehende Klage am Reichsgericht geworden war, daß so oft willkührlich zum Tode verurtheilt werde. Beispiel bei Geib, Lehrbuch p. 261.

Periode der Kindheit ist in beiden Artikeln nicht ausgeschieden. Bis zum vierzehnten Jahre soll regelmäßig die Todesstrafe nicht eintreten. Bei besonders erschwerenden Umständen jedoch, wo die bossheyt das alter erfüllen möcht, wird der Eintritt der peinlichen Strafe für zulässig erklärt. Da jedoch der Artikel 164 keine formelle Vorschrift enthält, daß sie unbedingt eintreten solle, sondern es den Rechtsverständigen überläßt, wie eyn solcher junger dieb an gut, leib oder leben zu straffen sei, so darf angenommen werden, daß eine gewisse Berücksichtigung der nahe an der Pubertät Stehenden auch bei erschwerenden Umständen dem Geiste der C. C. C. nicht entgegen ist. Ob sie aber den Eintritt der Mündigkeit als absoluten Zeitpunkt für den regelmäßigen Beginn der vollen criminellen Verantwortlichkeit festsetzt, läßt sich bei der unbestimmten Fassung der Artikel 179 und 164 nicht mit Sicherheit entscheiden. Nach Art. 164 stellt sie aber die der Mündigkeit Nahestehenden den Mündigen gleich, so daß auch für die Minderjährigen insbesondere im Hinblick auf die Ansichten der italienischen Praktiker eine gewisse Berücksichtigung durch die C. C. C. nicht ausgeschlossen scheint. [1])

Geminderte Zurechnungsfähigkeit.

Für den Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit gibt die C. C. C. keinen nähern Anhaltspunkt, indem sie bezüglich der Geisteskrankheiten lediglich auf den Rath der Rechtsverständigen d. h. auf das römische Recht verweist. Art. 179 und 175. [2]) Aus den Schlußworten des Art. 179 ergibt sich nur, daß nicht immer Straflosigkeit eintreten solle: vnd soll nach radt der selben vnd anderer verstendiger darinn gehandelt oder gestrafft werden. Ob die allgemeinen Ausdrücke: wirt von jemandt, der jugent oder anderer gebrechlichkeithalben, wissentlich seiner synn nit hett, eyn übelthat begangen . . . 179 auch auf die Trunkenheit zu beziehen sind, ist sehr zweifelhaft.

Nothstand.

Art. 166 ist das Stehlen in rechter Hungersnoth erwähnt; nach der Fassung des Artikels: ob aber derselbigen dieb eyner vnsträfflich erlassen würd, mögen die Rechtsverständigen entscheiden, kann hierauf wohl nur ein Strafausschließungsgrund basirt werden.

Fahrlässigkeit und Versuch.

Die Fahrlässigkeit ist nur bei dem Verbrechen der Tödtung und der Befreiung von Gefangenen erwähnt. Art. 180 und 134. Ob die C. C. C. die Fahrlässigkeit schon bei allen Verbrechen bestraft wissen will, wie manche annehmen [3]), läßt sich aus diesen Stellen nicht entnehmen, hat aber die Wahrscheinlichkeit für sich, daß die Italiener

---

[1]) Für eine beschränkte Berücksichtigung Kress, Comment. in C. C. C. p. 586. n. 3. Böhmer, Meditationes in C. C. C. p. 862. Köstlin, System p. 138 d. A. nach dem Geiste der Carolina sei eine Rücksichtnahme nicht anzunehmen.

[2]) C. C. C. 175. Item es sollen auch die diebstall, so an geweichten dingen vnd stetten begangen, die hungersnott, auch jirgent vnd thorheyt der personen . . . auch angesehen . . . werden.

[3]) Hälschner, Preußisches Strafrecht II. 1. p. 156. Köstlin, System p. 175 spricht die Vermuthung aus.

trotz ihrer Auffassung der culpa als eines Milderungsgrundes dennoch von dieser Ansicht ausgegangen zu sein scheinen.

Im Art. 178 stellt die C. C. C. auf Grundlage der italienischen Doktrin den Grundsatz auf, daß der Versuch bei peinlich zu ahndenden Verbrechen peinlich aber gelinder als das vollendete Verbrechen bestraft werden solle.

Diese Stellen werden in Verbindung mit den Belegen aus dem römischen Recht für die Milderungsgründe der Fahrlässigkeit[1]) und des Mangels der Vollendung[2]) in der ältern und neuern Doctrin, so noch von **Wächter** angeführt. Es hat diese Ansicht ihre Berechtigung in der allerdings gegründeten Annahme, daß die Carolina von der in der italienischen Doktrin ausgebildeten Auffassung der ordentlichen Strafe als der auf das vollendete vorsätzlich begangene Verbrechen gesetzten ausgegangen, welchem gegenüber Fahrlässigkeit und Versuch als Milderungsgründe erscheinen.

Die Artikel 137 und 146 werden für den Milderungsgrund des Affektes geltend gemacht. Sie handeln von der vngeuerlichen entleibung aus gecheyt vnd zorn; statuiren aber eigentlich keinen Milderungsgrund, sondern das besondere Verbrechen des Todschlags im Gegensatze zum fürsetzlichen Mord und zwar übereinstimmend mit der Bambergensis in einem der altgermanischen Auffassung fremden Sinne, indem die Unterscheidung des römischen Rechts zwischen propositum und impetus zu Grunde gelegt ist. Affect.

Für den Milderungsgrund der Reue beruft man sich auf den Art. 106 über Gotteslästerung. Derselbe verweist auf besondere Reichsgesetze, welche strenge Strafen auf die Gotteslästerung verhängen, jedoch eine besondere Rücksicht auf übereilt im Zorn oder in Trunkenheit ausgestoßene Blasphemien und auf sofortige Zurücknahme derselben nahmen.[3]) Ein allgemeiner Milderungsgrund ist demnach in der C. C. C. nicht begründet. Reue.

Der Schadensersatz findet Berücksichtigung beim Diebstahl nach Art. 160. Beim großen Diebstahl soll mer ermessen werden der standt und das wesen der person vnd wie schedlich dem beschedigten der diebstall sein mag. Die Strafbarkeit des Diebstahls wird demnach offenbar durch die Größe des angestifteten Schadens bestimmt. Durch den Ersatz fällt dieses die Strafbarkeit erhöhende Moment weg und mindert sich daher die Strafe.[4]) Schadensersatz.

---

[1]) **Wächter**, Römisch-Teutsches Strafrecht I. p. 117.

[2]) **Wächter** l. c. p. 117. **Böhmer** Medit. ad C. C. C. p. 857. §. 12. **Kress** Comment. ad C. C. C. p. 582, obwohl er n. VII. ad art. 178 die Anwendbarkeit der bei dem vollendeten Verbrechen geltenden Milderungsgründe auch auf das versuchte ausdehnt.

[3]) Dieselben sind bei **Kress** Comm. ad C. C. C. ad art. 106 angeführt. Kreß verweist auf die Analogie der Injurien gegen Menschen, wo auch die Zurücknahme die Strafe mindere.

[4]) **Böhmer** Meditt. ad C. C. C. p. 773.

Schärfungsgründe.

Pietäts-verhältnisse. Auf Pietätsverhältnisse ist in verschiedenen Stellen Rücksicht genommen, indem den Anschauungen des Mittelalters entsprechend für Fälle, in welchen eine Verletzung eines solchen Verhältnisses concurrirt, Schärfungen der Todesstrafe vorgeschrieben sind. So soll nach Art. 124 die Strafe der Verrätherei verschärft werden durch schleiffen oder zangen reissen, wenn die That verübt wurde gegen seinen eygen herrn bettgenossen oder nahet gesipten freundt. Aehnlich beim fürgesetzten mordt. a. 137.

Ueberhand-nehmen des Verbrechens. Das Ueberhandnehmen des Verbrechens erscheint als Schärfungsgrund beim Kindsmord Art. 131. wo aber solche übel offt geschehe, wollen wir die gemelten gewohnheyt des vergrabens vnd pfelens vmb mer forcht willen zu lassen.

Ort. Auch der Ort, an welchem das Verbrechen begangen wird, ist den deutschen Anschauungen entsprechend von straferhöhendem Einflusse. Der Diebstahl an geweihten Stätten ist nach Art. 171 bedeutend strafbarer als ein anderer.

Rückfall. Ob die Strafe des andern Diebstahls und des Stehlens zum drittenmal Art. 161 und 162 C. C. C. auf die Konkurrenz oder den Rückfall zu beziehen, ist streitig. Von Aeltern und Neuern haben sich Viele für die bloße Konkurrenz erklärt. Die gewichtigsten Gründe, welche für diese Ansicht geltend gemacht werden können, sind, daß ein Zusammenrechnen des Betrags der beiden Diebstähle, wie es im zweiten Theil des Art. 161 vorgeschrieben ist, wornach, wenn beide Diebstähle den Betrag von fünf Gulden erreichen, auf Todesstrafe erkannt werden kann, mit der Annahme des Rückfalls unvereinbar sei, daß ferner beide Artikel den Beweis der früheren Diebstähle verlangen, ein Umstand, der nur die Annahme des Zusammentreffens noch nicht bestrafter Diebstähle gerechtfertigt erscheinen lasse. Gegen den ersten dieser Einwände macht Wächter mit Recht geltend[1]), daß es nichts Auffallendes habe, die Schärfung beim ersten Rückfall ganz nach Größe der das erstemal gestohlenen Summe zu bestimmen und auf diese Weise den zweiten Diebstahl durch den ersten fruchtlos bestraften beschwert werden zu lassen. Was den zweiten Einwurf betrifft, so konnte, wie ebenfalls Wächter hervorhebt, bei der Zersplitterung der Territorien sich die Nothwendigkeit des Beweises der schon erlittenen Bestrafung oft genug ergeben. Davon nun abgesehen, daß die Ausdrucksweise der Bambergensis und der Carolina „zum andern, zum drittenmal" offenbar mehr auf den Rückfall als auf die Konkurrenz hinweist und daß die Bezeichnung ein mer verleunbdeter dieb doch auf Einen, der zum erstenmal zur Bestrafung kömmt, dessen Verbrechen also erst bekannt werden, nicht zutrifft, so wäre eine so bedeutende Schärfung

---

[1]) Wächter, Röm.-Teutsches Strafrecht. Thl. II. p. 316. Böhmer, Observ. ad Carpzov. Practicam qu. 78. obs. 9. Quistorp, Grundsätze des deutschen peinl. Rechts 355. 362.

wegen des bloßen Zusammentreffens, eine Erhöhung, die beim dritten einfachen Diebstahl bis zur Todesstrafe aufsteigt, eine historisch unerklärliche Erscheinung. Es wurde nachgewiesen, in welcher Weise bis zur Zeit der Carolina und noch darüber hinaus in Deutschland beim Zusammentreffen von Verbrechen das Cumulationsprinzip gehandhabt wurde[1]), es wurde deßgleichen gezeigt, daß die italienische Doktrin bei der Absorption Schärfungen nur als Ersatz der nicht anwendbaren Strafen bestimmte, so daß man unwillkührlich sich die Frage aufwerfen muß, woher denn die Carolina diese Anschauung gewonnen haben soll. Hält man aber mit den Bestimmungen der Art. 161 und 162 die Bestrafung des Rückfalls in den Diebstahl nach dem deutschen Rechte und die Rückfallslehre der italienischen Praktiker zusammen, so beantwortet sich die Frage für den Rückfall von selbst. Auch in der einzigen Stelle der C. C. C., welche für die Konkurrenz angezogen werden kann, im Art. 163, welcher vom Zusammentreffen mehrerer beschwerender Eigenschaften beim Diebstahl handelt, entscheidet sie sich unbedingt für die Absorption, und kann also auch hieraus kein Anhaltspunkt für eine Schärfung wegen bloßer Wiederholung gewonnen werden.

Die Doktrin des XVI. und XVII. Jahrhunderts.

Wie wenig die Doctrin des XVI. und XVII. Jahrhunderts im Stande war, die ihr von der Carolina zugewiesene Aufgabe der Vermittlung des einheimischen und des fremden Rechtes zu lösen, wie sie, einer selbstständigen wissenschaftlichen Erfassung des römischen wie des deutschen Rechtes unfähig, das römische Recht in der Gestalt, welche es durch die Bearbeitung der Italiener angenommen hatte, unbedingt adoptirte, wie dadurch das deutsche Recht und selbst die Carolina fast vollständig verdrängt wurde, ist hinlänglich bekannt. Wurden aber die Leistungen der Carolina selbst da, wo sie ganz selbstständige Grundsätze aufstellt, nicht beachtet, so fällt ein fast vollständiges Uebersehen derselben in einer Lehre nicht auf, in der sie zum größten Theile auf das römische Recht verwies. So begegnet man bei allen Autoren von Perneder bis Carpzov einer bloßen Wiederholung der von den italienischen Praktikern aufgestellten Lehre von der Strafänderung, eine Wiederholung, die mitunter in ein ganz gedankenloses Abschreiben verfällt, indem Controversen aus der italienischen Doktrin mit in die Darstellung aufgenommen worden, deren Bedeutungslosigkeit für das deutsche Recht seit der Carolina bei einigem Nachdenken hätte auffallen müssen.

---

[1]) Hälschner, Geschichte des Brandenburg. Preuß. St.R. I. p. 109 führt noch aus dem Jahr 1535 Beispiele lächerlicher Cumulation an.

So wird z. B. von den Meisten die Frage erörtert, ob, wenn die Todesstrafe gemildert wird, auf eine Leibesstrafe erkannt werden könne, ein auf Grund mißverstandener Stellen des römischen Rechts von der italienischen Jurisprudenz ausgeheckter Zweifel, welcher der Carolina gegenüber, welche alternativ Todes- und Leibesstrafe verhängt, nicht mehr hätte zur Sprache kommen sollen.[1])

Man folgerte also mit den italienischen Praktikern aus dem Uebergang des ordo judiciorum publicorum in die cognitio extra ordinem, daß hiemit alle Strafen arbiträr geworden seien. Dennoch konnte man sich den absoluten Strafbestimmungen der C. C. C. gegenüber von dem Begriff der bestimmten Strafe nicht losmachen und fand sich daher zu der Annahme einer Reihe von Milderungsgründen, zum größten Theil der von den Italienern geltend gemachten, veranlaßt. Man mochte die Inconsequenz fühlen, welche in der Aufstellung bestimmter Milderungsgründe lag, nachdem man die Behauptung aufgestellt hatte, daß alle Strafen arbiträr geworden seien. Das führte zu der Annahme, daß bei arbiträren Strafen die durch Gewohnheit festgesetzte als die bestimmte gelte.[2]) Das Aenderungsrecht des Richters selbst wird mit den Gründen vertheidigt, welche die italienischen Praktiker dafür anführen. Die Geltendmachung eines unbeschränkten Milderungsrechtes auf Grund der Ansicht, daß der Gesetzgeber nur einen bestimmten Fall im Auge haben könne, der Richter durch eine Milderung nicht das Gesetz aufhebe, sondern die strafbare That nur so begrenze, daß sie nicht mehr unter das Gesetz passe[3]), war von weiteren nachtheiligen Folgen für die Doctrin begleitet. Man suchte nun die gesetzliche Strafe auf einen möglichst concreten und individuellen Fall zu beschränken, um dann für alle andern Fälle in der Verhängung einer außerordentlichen Strafe um so ungehinderter zu sein. Das führte dann dazu, auch den Thatbestand der einzelnen Verbrechen durch unzulässige Distinctionen, Limitationen und Ampliationen zu beschränken und zu verflachen, so daß die Willkühr in der Verhängung der Strafe eine immer schrankenlosere wurde.[4])

Es mußte dieß um so mehr der Fall sein, als man mit dem ganzen Katalog der bei den italienischen Juristen genannten Milderungsgründe das Prinzip, welches diese für die Scheidung der vom Richter

---

[1]) Mathiae Berlichii Conclusiones practicabiles. P. IV. u. V. 1629. Concl. 17. n. 2. doch sagt er 15. n. 8. die constitutiones Saxonicae unterschieden sich hierin vom jus civile. — Perneder. Von straff vnnd peen aller vnnd yeder Malefitzhandlungen ein kurzer bericht. 1544. fol. III. Verweisung auf die l. hodie D. poenis. — Vigelii Constit. Carolinae Publicorum Judiciorum Basileae 1583 führt den Milderungsgrund des modus inquisitionis an: de poenis. Cap. II. exc. 9.

[2]) Benedicti Carpzovii Practica nova rerum criminalium Imperialis Saxonica. Qu. 142. n. 13.

[3]) Carpzov l. c. Qu. 142. n. 44. Denselben Grundsatz spricht aus die L.G.O. von Östreich ob der Enns v. 1656. Art. 42. 11 u. 19. (Abgedruckt im Codex Austriacus ord. alph. comp. P. I.

[4]) Hälschner, Brandenburgisch-Preußisches Strafrecht I. p. 120 ff.

und der vom Begnadiger zu würdigenden Milderungsgründe aufgestellt, nicht aufgenommen hatte. Erwähnt wird die Scheidung in causae intrinsecae und extrinsecae noch bei Vigel[1]), bei Spätern dagegen, insbesondere bei Carpzov, findet sich nichts mehr davon. Carpzov scheidet ohne jedes festes Prinzip einige der herkömmlichen Milderungsgründe aus und weist sie der Begnadigung zu[2]): Gründe für die Ausscheidung gibt er nicht an, sondern verbreitet sich über das Begnadigungsrecht, das er als ein Hoheitsrecht, das auf dem Rechte des Gesetzgebers seine eigenen Gesetze zu abrogiren, beruhe. Hierin liegt aber auch die Beschränkung, so daß wegen jure divino verpönter Verbrechen eine Begnadigung nicht eintreten könne, weil sich auch der mächtigste Fürst über die jura divina nicht wegsetzen dürfe.[3])

Was nun die einzelnen Milderungsgründe betrifft, so kann im Allgemeinen auf die Darstellung der italienischen Doctrin verwiesen werden, und es wird genügen, hier die wenigen Abweichungen, welche sich finden, zu bezeichnen. Milderungsgründe.

Die Mündigkeit wird zwar von Carpzov als der Zeitpunkt des Eintritts der vollen Strafe bezeichnet, nach den von ihm angeführten Urtheilen der Schöffen von Leipzig wurde aber bei Minderjährigen doch meistens die Todesstrafe umgewandelt.[4]) Bei in trunkenem Zustande verübten Verbrechen wird zum Theil noch im Sinne der Italiener das Strafbare darin gesehen, daß man zu der in der Trunkenheit verübten That durch Unmäßigkeit Anlaß gegeben und sich daher einer culpa schuldig gemacht habe, zum Theil wird die Trübung des Bewußtseins betont.[5])

Deßgleichen wird der Mangel des vollen Bewußtseins als Milderungsgrund hervorgehoben bei Geistesgestörtheit[6]), Taubstummheit[7]) und Zorn.[8])

Bei der Tödtung im Zorn schwebt Carpzov die richtige Auffassung des in der C. C. C. statuirten Unterschieds zwischen Mord und Todschlag vor, weshalb er die Milderung ausschließt. Doch bleibt er dieser Ansicht nicht treu[9]), wie sich auch die Unterscheidung von

---

[1]) Vigel l. c. de poenis cap. II. exc. 10, doch hält er sich nicht daran.

[2]) Carpzov l. c. qu. 149. n. 15. peritia delinquentis, vel insigne aliquod ejus artificium. qu. 150. 1. revelatio tractatus et proditionis contra principem spes emendationis.

[3]) Carpzov l. c. qu. 150. n. 6. 15. 16. 33. 34.

[4]) Carpzov l. c. qu. 143. n. 61.

[5]) Carpzov, qu. 146. n. 40. Carpzov verlangt zwar mentis alienationem. Doch wird auch die Trübung des Bewußtseins geltend gemacht. Id. qu. 51. n. 48. Geyl, observ. pract. l. II. 90. 23.

[6]) Als Geistesgestörte erscheinen auch die Monomanisten, welche melancholici genannt werden. Carp. 145. 49. 53. Geyl l. c. qu. 51. n. 9.

[7]) Sowohl wegen Mangels des vollen intellectus, als wegen der Schwierigkeit der Ueberführung. Carpzov l. c. qu. 147.

[8]) Wegen Mangels der plenitudo intellectus Carpzov qu. 147. n. 41. 44. 56. Er betont hier, daß der Todschlag ein eigenes minder strafbares Verbrechen sei, gibt dann bei diesem einen Milderungsgrund zu ex justa causa.

[illegible]

Mord und Todschlag im Sinne der C. C. C. an andern Stellen verwischt.[1])

Die lange Fortdauer der Gewohnheit, Verbrechen durch Geld abzulösen, macht es erklärlich, daß der Vergleich mit dem Verletzten als ein Milderungsgrund besprochen wird. Nach den von Carpzov mitgetheilten Schöffensprüchen wurden noch in der ersten Hälfte des XVII. Jahrhunderts gütliche Vergleichungen wegen Todschlags zugelassen. Carpzov selbst beschränkt den Milderungsgrund auf minder schwere Verbrechen.[2])

Auch bis in das XVII. Jahrhundert erhielt sich die Sitte, auf das Heirathsoffert eines Mädchens hin dem zum Tode Verurtheilten das Leben zu schenken. Auch Carpzov kann es sich nicht versagen, einem mitleidigen liebeschmachtenden Mädchen diese Gunst zu gestatten.[3]) Dieß charakterisirt seine ganze Prinziplosigkeit, so daß seine weitläufigen Erörterungen über den Milderungsgrnnd des Versprechens der Straflosigkeit von Seiten des Richters[4]), der Ungewißheit des Thatbestandes und des Mangels am Beweise[6]) wohl übergangen werden dürfen.

Schärfungsgründe.

Als Schärfungsgründe werden besonders hervorgehoben Respectsverhältnisse[7]), Ort[8]) und Zeit[9]) der Verübung besonders beim Diebstahl. Die Wiederholung gilt ganz allgemein als Straferhöhungsgrund.[10]) Von der in der italienischen Doctrin ausgebildeten Rückfallslehre findet sich keine Spur mehr. Für den Eintritt der Todesstrafe beim dritten Diebstahl erfindet Carpzov ein in der Carolina nicht begründetes Erforderniß, nämlich, daß alle drei Diebstähle zusammen den Betrag von fünf Gulden erreichen müssen. Er beruft sich hierbei auf eine sächsische Constitution, welche dieses Erforderniß aufstellt.[11]) Die Bestimmungen der C. C. C. über die Bestrafung des Diebstahls scheinen allerdings in den meisten Ländern bald für zu streng befunden worden zu sein; so wird sie auch in der Malefitzprocessordnung der Fürsten-

---

[1]) In der vorerwähnten Stelle wird die prämeditirte Tödtung im eigenen Hause als Schärfungsgrund aufgestellt, der wegfalle, wenn die Tödtung bei einem im Hause entstandenen Streite erfolgt sei.

[2]) Carpzov l. c. qu. 148. n. 20.

[3]) Carpzov l. c. qu. 149. n. 49—59.

[4]) Carpzov qu. 149. n. 11—12. C. meint, der Richter solle und dürfe kein solches Versprechen geben, sei es aber dennoch geschehen, so würde es der Autorität des Gerichtes zu viel Eintrag thun, wenn hierauf gar keine Rücksicht genommen würde.

[5]) Carpzov l. c. qu. 148. n. 42.

[6]) Idem l. c. qu. 142. n. 46. Manche, wie Reusner l. 2. Dec. 19. n. 5. sind schon der Ansicht, entweder sei der Beweis erbracht oder nicht, also entweder Verurtheilung oder Freisprechung.

[7]) Carpzov qu. 24. n. 27.

[8]) Carpzov qu. 24. n. 39.

[9]) Carpzov qu. 24. n. 52.

[10]) Carpzov qu. 42. n. 57.

[11]) Carpzov qu. 76. 77. 78.

thumben Obern und Nidern Bayern vom Jahr 1616, welche sich sonst ganz an die C. C. C. anschließt, modifizirt.[1])

Die Art. 161 und 162 der C. C. C. bezieht Carpzov auf die bloße Wiederholung. Wo er jedoch ex professo von der Konkurrenz handelt, legt er ihr als solcher keine strafschärfende Wirkung bei, sondern sieht in der mit der Absorption eintretenden Schärfung einen Ersatz für die nicht anwendbaren Strafen.[2])

Die Partikulargesetzgebungen des XVI. und XVII. Jahrhunderts enthalten bezüglich der Stellung der Richter zum Gesetz keine besondern Vorschriften, sondern verweisen lediglich auf die Carolina. So das Landrecht für die Churpfalz von 1582 Th. V. t. 69, das Landrecht von Baden-Baden von 1585 Th. V. t. 34 und die Malefizordnung von Bayern von 1616 T. VIII. Art. 1.

Die Doktrin des XVIII. Jahrhunderts.

Eine Doktrin, welche wie die des XVI. und XVII. Jahrh. thatsächlich keine Schranken für das richterliche Ermessen kannte, mußte einen Zustand der Willkühr und Eigenmacht der Richter herbeiführen, welcher dem, welchen die Carolina antraf, in keiner Weise nachstand. Um so gefährlicher war er in einer Periode, die an den gräulichsten Verirrungen jede frühere oder spätere Zeit übertraf. Doch hat diese düstere Periode kein weiteres Interesse für unsern Gegenstand. Wir können daher sogleich auf jene übergehen, in welcher die großartige Bewegung, welche die Geister im 18. Jahrhundert erschütterte, auch auf das Strafrecht wohlthätig zu wirken begann, wenn auch anfänglich nur in der Richtung gegen die ärgsten Mißbräuche, doch allmählich das ganze Strafrecht durchdringend.

Der Aufschwung, welchen die Strafrechtswissenschaft in Folge jener geistigen Bewegung nahm, äußerte sich in zwei Richtungen, in der auf eine richtigere historische Kenntniß der Quellen des positiven Rechts gerichteten Thätigkeit und in dem Streben nach einer philosophischen Erkenntniß des Strafrechts, verbunden mit der Opposition gegen jede Ueberlieferung als ein dem Geiste der Zeit Widersprechendes. Der ursprüngliche Einfluß dieser oppositionellen Richtung war nun für die Feststellung der Grenzen der richterlichen Gewalt kein günstiger. Die Reichsgesetzgebung stagnirte schon seit langem, die Territorialgesetzgebungen halfen dem längst gefühlten Bedürfnisse einer den Anschauungen

---

[1]) Titel VIII. Art. 5. Wegen 5 Gulden soll nicht schon auf Tod erkannt werden.

[2]) Carpzov qu. 32. n. 12. 59.

der Zeit entsprechenden Umgestaltung des Strafrechts nicht ab, die tiefere wissenschaftliche Erkenntniß des Strafrechts, sowie der diese Zeit beherrschende und bis in's Extreme gehende Geist der Humanität mußte dagegen den Widerspruch, in welchem die Strafen der Reichsgesetze mit den Anschauungen der Zeit standen, zum lebhaftesten Bewußtsein bringen. Dieß, sowie die von der Ueberschätzung des Naturrechts getragene Opposition gegen jede Autorität, insbesondere gegen die des römischen Rechts, hatte nun zur Folge, daß sich in Doktrin und Praxis eine ebenso große Willkühr wie früher nur mit dem Unterschiede geltend machte, daß, während man früher noch den Schein zu wahren suchte, man jetzt mit vollem Bewußtsein, mit Berufung auf die Umwandlung, welche der gesetzliche Thatbestand eines Verbrechens oder die gesetzliche Strafe durch die Praxis erlitten habe, sich über die Gesetze hinwegsetzte.[1]) Wurde so von Vielen der Standpunkt des Gesetzgebers und des Richters vollkommen verkannt, insbesondere von Leyser, der die Ausübung einer gewissen gesetzgeberischen Gewalt durch die Richter als eine Thatsache anerkannt[2]), so trat dennoch insbesondere in Folge der bessern Erkenntniß der Quellen eine Reaction gegen die richterliche Willkühr ein, und waren überhaupt die beiden Richtungen, in welchen der Aufschwung der Wissenschaft hervortrat, nicht ohne fördernden Einfluß für die Feststellung der Grenzen der richterlichen Gewalt.

Was nun die historisch-kritische Richtung betrifft, so brach bekanntlich Matthäus Bahn für die bessere Erkenntniß des römischen Rechts. Zwar stürzte er nicht, wie Hälschner behauptet[3]), die vermeintlich römisch rechtliche Lehre von der poena ordinaria und extraordinaria[4]), welche die Grundlage für die nach allen Seiten um sich greifende Willkühr bildete, und konnte daher auch sein Einfluß nicht von der weittragenden Bedeutung sein, welche ihm Hälschner beimißt. Im Gegentheil vertheidigt er sogar die Ansicht, daß durch den Uebergang des Verfahrens in die extra ordinem cognitio die Strafen arbiträr geworden gegen den Einwurf, daß auch in jenen

---

[1]) Wächter, Gemeines Recht Deutschlands p. 125—133. Hälschner, Gesch. des Brand. Preuß. St.R. I. p. 154—165.

[2]) Leyser. Meditationes ad Pandectas Spec. DLIV. ad l XLVII. t. XV. §. 31 sagt er zur Rechtfertigung eines Urtheils: Ridiculum ergo . . . foret, legibus nihil profutura constantia inhaerere . . . quam ob rem cordatiores potius usum fori et collegiorum consensum sequantur quam irrito conatu secundum leges respondent. Im Prinzip ist auch er dagegen, daß alle Strafen arbiträr seien. Meditt. Spec. 643. ad Dig. 48. 19.

[3]) Hälschner, Gesch. I. p. 156.

[4]) Matthaei Comment. ad l. XLVII. et XLVIII. Dig. Prolegom. Cap. IV. Divisio criminum n. 10. Das Mißverständniß erklärt sich daraus, daß Nr. 12 des IV. Cap. das rubrum: „Divisio extraordinariorum criminum rejecta" trägt. Nr. 12 handelt aber nicht von der Eintheilung der Verbrechen in ordinaria und extraordinaria, sondern von einer Subdivision der extraordinaria in mere extraordinaria und extraord. pro arbitrio actoris — diese verwirft Matthaeus.

Titeln, welche von den criminibus extraordinariis sprächen, bestimmte Strafen ausgesprochen seien, damit, daß die Strafen in jenen Titeln nur beispielsweise, als solche, welche verhängt werden könnten, angeführt seien. „Speculum ergo, quod intueatur judex, non legem quam sequatur certam habet.“[1]) Als sein Verdienst muß dagegen anerkannt werden, daß er die Unzahl der hergebrachten Milderungsgründe so ziemlich auf die im römischen Rechte begründeten zurückführte[2]) und die Unhaltbarkeit einer Reihe willkührlicher Milderungsgründe, als Kinderzahl, Begünstigung der Ehe und dergleichen nachwies.[3]) Ganz beseitigt waren sie aber damit doch nicht. Sie schleppen sich in der Doktrin fort, und hie und da wird dem einen oder dem andern doch eine gewisse Berechtigung zuerkannt.

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, daß alle Strafen arbiträr geworden, stellte sich aber erst mit voller Klarheit heraus, als sich die Doktrin aus den Fesseln der italienischen Praktiker losgewunden und sich einer selbstständigen Erforschung der deutschen Rechtsquellen, insbesondere der Carolina, zugewendet hatte. Böhmer scheint wohl das Verdienst zu gebühren, zuerst darauf hingewiesen zu haben, daß die Carolina bestimmte Strafen festgesetzt habe und daß sie, wo sie es unterlassen, selbst Strafen zu bestimmen, zunächst auf das römische Recht verweise, dessen Strafbestimmungen als die des subsidiären Rechts anzuwenden seien. Diese Subsidiarität des römischen Rechts vertritt er besonders gegen Schilter, der den Strafen des Römischen Rechtes für Deutschland alle Geltung abgesprochen hatte.[4]) Mit dieser Erkenntniß trat nun auch die Reaction gegen die völlige Unbeschränktheit des richterlichen Ermessens ein. Es wurde nun mit aller Bestimmtheit geltend gemacht, daß der Richter an die Gesetze gebunden sei, daß er nicht über dem Gesetze stehen dürfe, daß er vielmehr nur Diener und Vollzugsorgan des Gesetzes sein könne, womit aber die ihm bisher eingeräumte Befugniß in Widerspruch stehe.[5]) Die Concessionen, welche man trotz der Erkenntniß der Nothwendigkeit einer festen Scheidung der gesetzgeberischen und richterlichen Gewalt letzterer

---

[1]) Matthaeus l. c. Proleg. Cap. IV. n. 10.

[2]) Matthaeus l. c. p. 791—810. Doch ist seine Darstellung mit bloßen Strafzumessungsrücksichten vermengt.

[3]) Matthaeus l. c. p. 818 ff.

[4]) Böhmer, Obss. ad Carpzovii practicam. Obs. I. ad quaest. CXXXIII. n. 18.

[5]) Böhmer, Vorrede zu den Obss. ad Carpzovii Pract. p. VII. Legislatorum, quid justum in republica definire, judicum et Ictorum vero leges commoda interpretatione applicare non de legibus earumque rigore judicare aut arbitrarium jus in forum propellere. Diese Einsicht hinderte jedoch auch Böhmer nicht, wie Wächter p. 132 nachweist, in manchen Fällen das Gesetz dem Bewußtsein der Zeit aufzuopfern. In denselben Medit. ad C. C. C. ad art. 105 und in der Obs. I. ad quaest. 133. n. 18 hebt Böhmer hervor, daß man mit dem den Richtern bisher eingeräumten arbitrium denselben einen bedeutenden Theil der gesetzgeberischen Gewalt einräume. Engau, Elementa juris crim. § 83. Judex qui minister non arbiter legum est. . . . Auch Leyser

dennoch einräumte, stürzten aber das aufgestellte Prinzip zum Theil wieder um.

Aus der Unmöglichkeit, daß der Gesetzgeber durch seine Strafbestimmungen die vielfache Gestaltung der concreten Fälle treffen könne, ergab sich die Ansicht, daß er bei der Bestimmung der Strafe einen bestimmten, nach gewissen Voraussetzungen abgegränzten Fall, den man mit ziemlicher Uebereinstimmung bald als den gewöhnlichsten bezeichnete, im Auge gehabt habe.

Hieraus abstrahirte man für die Anwendbarkeit der gesetzlichen Strafe, der poena ordinaria, das Erforderniß, daß der concrete Fall den abstracten in allen seinen Momenten vollständig decken müsse.[1]) Man begnügte sich aber nicht damit, dem Richter die Prüfung über das Vorhandensein der im Gesetze ausgesprochenen Requisite zu übertragen. Weil vielmehr der die Schuld modificirenden Umstände so viele seien, daß dem Gesetzgeber eine genaue Bestimmung derselben unmöglich und selbst, wenn sie möglich wäre, wegen der vielfachen Mischung solcher Momente ungenügend wäre, so müsse der Richter auch jene berücksichtigen, welche der Gesetzgeber anerkannt haben würde, wenn er daran gedacht hätte.[2])

Kurz in jedem einzelnen Falle solle der Richter erst untersuchen, ob die Anwendung des Gesetzes auch dem Geiste desselben, der ratio legis entspreche.[3]) Den Geist des Gesetzes suchte man aber nicht aus den positiven Gesetzen zu erfassen, sondern man trug eben die aus der Philosophie gewonnenen Grundsätze in den positiven Rechtsstoff über und gestattete somit dem Richter, die Anwendbarkeit des Gesetzes nach philosophischen Grundsätzen zu prüfen, eine Befugniß, die nothwendig auch die Prüfung über die Zweckmäßigkeit des Gesetzes in sich schloß. Eine so weit gehende Befugniß glaubte man zwar mit dem Interpretationsrechte des Richters, der die Gesetze nicht nach dem Buchstaben, sondern nach ihrem Geiste auszulegen habe[4]), gerechtfertigt zu haben; daß man aber damit den Richter in der That über das Gesetz stellte, hat erst Feuerbach gezeigt und energische Verwahrung dagegen eingelegt.[5])

Medtt. ad Pandectas Spec. 643 ad Dig. 48. 19. th. 6 gegen die arbiträre Eigenschaft aller Strafen. Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts rc. II. §. 116. 125. Grolman, Grundsätze der Crim.R.-Wissenschaft §. 103 und 104.

[1]) Böhmer, Obs. I. ad qu. 133. n. 18 und Obs. I. ad qu. 142. p. 137 der Obss. ad Carp. Pract. Quistorp, Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 98. Chr. Fr. G. Meister, Principia juris criminalis, S. II. P. I. §. 28. Leyser, Medtt. ad Pand. Spec. 643 ad. Dig. (48. 19.) Maydell, De justis poenam mitigandi causis in criminibus §. 19. Diese Dissertation wird Heisler zugeschrieben, unter dessen Präsidium sie Maydell vertheidigte.

[2]) Maydell, l. c. §. 11. Quistorp l. c. §. 98.

[3]) Leyser l. c. Spec. 645. I. Hiezu die sub n. 1 u. 2 citirten Stellen.

[4]) Das Recht der Interpretation wird in dieser Ausdehnung besonders hervorgehoben von Leyser l. c. Berger, Elect. Jur. crim. Obs. VIII. p. 417. Maydell §. 13. Kleinschrod l. c. §. 126. Grolman l. c. §. 104.

[5]) Feuerbach, Revision der Grundbegriffe d. Crim.R. I. p. 250. 263.

So oft demnach die ratio legis nicht zutrifft, ist der Richter zu einer Aenderung der gesetzlichen Strafe ermächtigt. Auf hieraus sich ergebenden Gründen beruht in der dargestellten Doktrin die mitigatio ex capite justitiae im Gegensatze zu der mitigatio ex capite gratiae, der Begnadigung, welcher die rein politischen Gründe, freilich in nicht immer ganz richtiger Scheidung zugewiesen werden.[1]) Als Prinzip der Scheidung wurde ähnlich wie bei den italienischen Praktikern für die mitigatio ex capite justitiae das Maß des Verschuldens für die ex capite gratiae die salus publica aufgestellt.[2])

Mitigatio ex capite justitiae u. ex cap. gratiae.

Der nunmehr mit voller Klarheit hervortretende Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen führte zu der Einsicht, daß bei unbestimmten Strafgesetzen eigentlich von einer Milderung und Schärfung nicht die Rede sein könne. Diese Einsicht hatte die Absonderung der unbestimmten Gesetze aus der Lehre von der Strafänderung und die Aufstellung besonderer Grundsätze über die Anwendung unbestimmter Strafgesetze zu Folge. Es geschah dieß zuerst in ganz äußerlicher, unwissenschaftlicher Weise, indem man, dem Richter einen größern Spielraum gestattend, eine Anzahl von für bestimmte Strafgesetze als unbrauchbar erfundenen Milderungsgründen einfach hinübergab.[3]) Dann verwies man den Richter auf die allgemeinen Grundsätze über die Zurechnung, wobei anfänglich noch die l. 13. D. poenis maßgebend war[4]), und auf die Analogie des Gesetzes, endlich räumte man ihm die Stelle des Gesetzgebers ein.[5])

Anwendung unbestimmter Strafgesetze.

In der Behandlung des Details treten nun wieder die beiden Grundrichtungen der Wissenschaft hervor, die historisch-kritische und die philosophische. Da jedoch die letztere erstere weit in den Hintergrund drängte und ohnedieß ihre Resultate mit der aus der Erforschung der Quellen gewonnenen zu verknüqfen suchte, so sind ihre Ergebnisse von überwiegendem Interesse.

Am einseitigsten mit vollständiger Nichtbeachtung des positiven Rechts tritt die philosophische Richtung in der Heisler zugeschriebenen Dissertation Maydells hervor, welche ganz auf die Wolffsche Zurechnungslehre gebaut, für die Entwicklung der Lehre von der Strafmilderung nicht ohne Bedeutung ist. Durch sie wird nämlich

---

[1]) Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts. §. 98. Maydell l. c. §. 11.

[2]) Grolman l. c. §. 100 und 101 will das Begnadigungsrecht als subsidium für Fälle, in welchen eine Abäquirung der Strafe mit der Verschuldung nicht möglich ist.

[3]) So insbesondere Engau, Elem. juris crim. 1742. §. 88. Der Richter solle bei der willkührlichen Strafe auch Geschlecht, Kunst, Kinderzahl u. dergl. berücksichtigen. Deßgleichen noch Koch, Anfangsgründe des peinl. Rechts. §. 154.

[4]) Böhmer hat die Lehre noch nicht abgesondert, will jedoch für arbiträre eine größere Berücksichtigung von tempus und locus 2c., also nach l. 13. D. poenis. Observ. I. ad quaest. 142. n. 52. p. 140 i. f. Observ. I. adqu. 133. n. 18. Maydell l. c. §. 15. Klein Grundsätze des gem. u. des preuß. Rechts §. 177.

[5]) Kleinschrod, Grundsätze des peinl. Rechts II. §. 131 und 133. Grolman a. a. O. §. 102.

Ausscheidung der culpa und des Versuchs.

die Fahrlässigkeit aus der Reihe der Milderungsgrünne ausgeschieden und als eine besondere Form der Schuld geltend gemacht.[1]) Nach Wolff besteht nämlich das Verbrechen in einem Mangel der Vollkommenheit der freien Handlung (defectus rectitudinis actionis).[2]) Der Fehler kann im Willen oder im Wissen liegen. Verantwortlich ist der Mensch dafür nur, sofern der Fehler ein überwindlicher ist; wenn dies der Fall, so ist er im ersten Falle eines dolus, im zweiten einer culpa schuldig. Ein Verbrechen wird daher durch dolus oder durch culpa begangen.[3]) Diese Ansicht gab nun Maydell zunächst Anlaß zu einer schärfern Fassung des Begriffs der Milderung und Schärfung. Die Milderung ist ihm daher nicht mehr die Abweichung von der auf ein gewisses Normalmaß der Verschuldung festgesetzten Strafe, sondern die Abweichung von der an und für sich durch die selbstständige Gestaltung der Schuld verwirkten Strafe. Die Strafe des fahrlässigen Verbrechens ist demnach selbst eine normale und keine gemilderte, da die Strafe des absichtlichen Delicts eben nicht verwirkt war.[4]) Daß dasselbe Verhältniß beim Versuch obwalte, wurde nun auch klar, und derselbe von Maydell aus den Milderungsgründen ausgeschieden.[5])

Crimen verum und quasi crimen.

Diese Auffassung drang aber nicht durch. Man war an den hergebrachten Begriff des ordentlichen Verbrechens als des vorsätzlichen so gewöhnt, daß man, um die alte Unterscheidung zu retten, das dolos verübte ein crimen verum und im Gegensatz dazu das culpose quasi crimen nannte.[6])

Aber auch diese Unterscheidung verlor sich wieder, so daß man auf den alten Standpunkt wieder zurückkam, die auf das mit Vorsatz verübte Verbrechen festgesetzte Strafe, die ordinaria als den festen Punkt zu betrachten, von dem nach unten und nach oben, je nach Bedürfniß, abgewichen werden solle.[7])

Als die bei der Bestimmung der ordentlichen dem Gesetzgeber vorschwebende Rechtsverletzung dachte man sich nun eine Handlung, die mit der Absicht, Ursache derselben sein zu wollen, ohne Ueberwindung außerordentlicher Hindernisse von einem Menschen, der sich in dem gewöhnlichen Zustande des Handelnden befand, ausgeführt werde.

---

[1]) Maydell l. c. (die Differt. ist aus dem Jahr 1752) §. 4.

[2]) Chr. L. B. de Wolffii, Philosophia practica universalis. §. 691.

[3]) Wolff l. c. §§. 691. 696. 697. 701. 717.

[4]) Maydell l. c. §. 4.

[5]) Maydell l. c. §. 17. Ebenso Engau §. 89. Hälschner I. p. 210 ff. a. a. O. glaubt, das Verdienst dieser Aenderung gebühre Koch, der aber seine Zurechnungslehre ganz aus Wolff entnommen hat. Ueberdieß hat Koch einen ganz falschen Begriff der Milderung §. 147. Minderung, weil die ordentliche Strafe nicht verdient sei. Dieß führt ihn dazu §§. 79. 87. auch die Unmündigkeit aus den Milderungsgründen zu entfernen, weil der Unmündige die ordentliche Strafe nicht verdient habe.

[6]) Maydell l. c. § 19 u. 22. Koch, Anfangsgründe des peinlichen Rechts. Abschnitt II. §. 12.

[7]) Grolman, Grundsätze des Crim.R. p. 131.

So oft nun eine dieser das ordentliche Verbrechen constituirenden Voraussetzungen ermangelt, ist eine Milderung begründet.

Da nun zum Begriff des crimen rerum Vorsatz, Vollendung und Urheberschaft gehören, so begründet die Abwesenheit irgend einer dieser Voraussetzungen einen Milderungsgrund und es erscheinen demnach Fahrlässigkeit, Mangel an Vollendung, Theilnahme als Aenderungsgründe der ordentlichen Strafe. Da ferner der Gesetzgeber sich einen gewissen Grad der verbrecherischen Absicht dachte, so begründet das Vorhandensein eines geringern als des angeblich von demselben vorausgesetzten, ebenfalls einen Milderungsgrund. Der Mangel am Vorsatz oder die geringere Bosheit[1]) wird nun weiter zergliedert und es ergeben sich hieraus eine Reihe von Umständen, welche eine geringere Stärke des verbrecherischen Willens bethätigen, als Milderungsgründe, gute Absicht, Verführung, der besondere Reiz des Verbrechens Gelegenheit[2]), schlechte Erziehung[3]), guter Lebenswandel[4]), Jugend und Trübung des Bewußtseins durch Geistes- oder Seelenkrankheiten, durch Trunkenheit oder Affect oder in Folge mangelhafter Entwicklung, wie bei Taubstummen. Diese Voraussetzung des Handelns in voller, durch gar keine Störung beeinflußten Freiheit, „der vollen Zurechnung" griff immer weiter, und es wurden allmählig alle nach der Ansicht der Doktrin die Strafbarkeit, also die Zurechnung mindernden Umstände hereingezogen, also auch Irrthum[5]), Beschränktheit[6]) und dergleichen, was nothwendiger Weise zur Annahme auch ganz und gar unmotivirter Milderungsgründe führte, wie z. B. Kleinschrod die Gewohnheit wegen des in ihr liegenden größern Reizes als Milderungsgrund geltend machen will.[7])

Milderung u. Milderungsgründe.

Während diese Gründe von den früheren Autoren gesondert behandelt werden[8]), werden allmählig die das Bewußtsein von der Strafbarkeit und das Vermögen der Willensbestimmung influenzirenden Umstände zusammengefaßt[9]), endlich alle die Strafbarkeit überhaupt mindernden in dem Generalmilderungsgrunde der geminderten Zurechnung vereinigt.[10])

---

[1]) Böhmer unterscheidet einen niedersten, mittleren und höchsten dolus. Observ. ad Carpzov. qu. 142. p. 138. Hierunter wird auch immer die Fahrlässigkeit gestellt. Klein §. 171. Kleinschrod l. c. §. 55. Grolman §. 111 und 112 in den Grundsätzen p. 147 u. 148.

[2]) Klein l. c. §. 172.

[3]) Quistorp a. a. O. §. 109.

[4]) Quistorp l. c. §. 110.

[5]) Maydell l. c. §. 27.

[6]) Kleinschrod §§. 59. 61. l. c.

[7]) Kleinschrod l. c. II. §. 61.

[8]) So bei Quistorp, Engau l. c.

[9]) Böhmer begreift unter dem Mangel der plenitudo intellectus Geistes- und Seelenkrankheiten, Trunkenheit, Taubstummheit. Obs. I. ad qu. 145. n. 32. Obs. II. ad qu. 145. n. 59. Obs. I. ad qu. 146. n. 54. Obs. II. ad qu. 146. n. 56. Obs. I. ad qu. 147. n. 44. Klein l. c. §. 171. n. 9. scheint unter „verminderter Zurechnung" Obiges zu begreifen.

[10]) Kleinschrod l. c. Thl. I. §. 58. Grolman unterscheidet Unmündigkeit der Jahre und der That §. 111.

Aus der Ansicht von der Nothwendigkeit des Vorhandenseins aller vom Gesetzgeber gewertheten Momente ergab sich die Annahme einer Reihe von weiteren Milderungsgründen. Wo man sich nämlich zu der Annahme für berechtigt hielt, daß der Gesetzgeber bei der Bestimmung der Strafe auf irgend ein Moment ein besonderes Gewicht gelegt habe, müßte der Mangel desselben, sowohl der theilweise als der gänzliche eine Milderung begründen.

Hatte also der Gesetzgeber eine besondere Rücksicht auf den durch das Verbrechen herbeigeführten Schaden genommen, so mußte das Vorhandensein eines geringern oder der Ersatz derselben eine Milderung bewirken.[1]) Zunächst blieb dieß auf die zum Theil wirklich in den Gesetzen begründeten besonderen Milderungsgründe, wie Schadenersatz beim Diebstahle beschränkt.[2]) Je mehr sich aber die Ansicht vordrängte, daß überhaupt der dem Gemeinwesen zugefügte Schaden, die dasselbe bedrohende Gefahr das die Größe der Strafbarkeit Bestimmende sei, um so fruchtbarer an Milderungsgründen wurde das angedeutete Princip. Nicht bloß die geringere Gefahr, welche dem Gemeinwesen aus der verbrecherischen Handlung erwuchs, schloß die ordentliche Strafe aus, sondern es wurde auch die Möglichkeit einer Compensation des durch das Verbrechen veranlaßten Schadens zugelassen. Diese konnte in einem durch den Verbrecher mit oder ohne Zuthun desselben dem Staat erwiesenen Vortheil, also selbst dann, wenn er durch eine andere Handlung bewirkt worden war[3]), im glücklichen Erfolg, in der Absicht, dem Staate durch Verübung des Verbrechens zu nützen, begründet sein.[4])

Als eine weitere Voraussetzung der Anwendbarkeit der vollen Strafe galt, daß man nach Lage der Sache annehmen könne, der Gesetzgeber habe im concreten Falle die Anwendung wollen können.[5]) Das war nun offenbar nicht der Fall, wenn der Zweck der Strafe bereits gänzlich oder theilweise erreicht war.

Die Besserung war nun, wenn auch nicht der hauptsächlichste, doch Zweck der Strafe. Wo sie sich also zeigte, durfte nicht mehr auf die volle Strafe erkannt werden; daher erscheinen Reue[6]), freiwilliges Geständniß[7]), selbst die halbe Verjährungszeit[8]) wegen der Präsumtion der Besserung als Milderungsgründe.

---

[1]) Maydell l. c. §§. 29. 39. 30. Klein l. c. §. 173. Kleinschrod l. c. §§. 79. 80.

[2]) Böhmer, Obs. III. ad qu. 148. n. 31., auch die restauratio matrimonii beim Ehebruch. Deßgleichen Quistorp l. c. §. 105. — Verzeihung bei Injurien, Kleinschrod §. 93 l. c. auch Fürbitte, Intercession ꝛc., also allmählig mit ungebührlicher Ausdehnung.

[3]) Klein l. c. §. 173.

[4]) Engau, Princ. jur. crim. §. 84. Koch, Anfangsgründe des peinlichen Rechts §. 151. Kleinschrod, Grundsätze und Grundwahrheiten ꝛc. Thl. I. §§. 80—85.

[5]) Maydell l. c. §. 30. Grolman §. 116. l. c.

[6]) Maydell l. c. §. 30. Dagegen Böhmer, Obs. IV. ad qu. 149. n. 67. nur mit vieler Beschränkung. Klein l. c. §. 174.

[7]) Engau l. c. §. 84.

[8]) Von Kleinschrod jedoch verworfen, weil die Verjährung nicht auf

Ebenso wäre es gegen die Absicht des Gesetzgebers, wenn dem Verbrecher ein grösseres Uebel zugefügt wurde, als durch das Gesetz angedroht ist. Daher mildern unverschuldete Leiden, so insbesondere langwierige Untersuchungshaft[1]) die Strafe. Als dem Zweck des Gesetzgebers widersprechend werden von Manchem auch Leiden, welche einen Unschuldigen durch Verhängung der vollen Strafe treffen würden[2]), als Milderungsgrund geltend gemacht.

Unter den Mangel der Requisite der vollen Strafe gehört noch der Mangel am Thatbestande, der aber von Manchem aus dem richtigen Grunde verworfen wird, daß in einem solchen Falle entweder ein anderes Verbrechen oder nur Versuch oder gar kein Verbrechen vorliege.[3])

Schärfung und Schärfungsgründe.

Das Recht, eine höhere als die gesetzliche Strafe zu verhängen, wurde natürlicher Weise nicht beanstandet. Man hatte aber die Erfordernisse des Eintritts der ordentlichen Strafe so hoch geschraubt, daß sich in den wenigsten Fällen das Bedürfniß ergab, noch darüber hinauszugehen. Ueberdieß fand die Erhöhung der Strafe, insbesondere wenn man sich an die Strafbestimmungen der Carolina hielt, in den meisten Fällen ihre natürliche Schranke in der Todesstrafe. Dieß verleitete nun zu einer falschen Fassung des Begriffs der Schärfung, indem man darunter nicht mehr eine der Milderung entsprechende Erhöhung der gesetzlichen Strafe, sondern die Zufügung eines äußern Zusatzes verstand und wohl auch ausdrücklich hervorhob, daß die Strafe schärfen und sie ändern verschiedene Dinge seien.[4]) Man glaubte diese Auffassung auch damit zu rechtfertigen, daß eine Milderung ohne Uebergang in eine andere Gattung nicht möglich sei, was in der That der Fall war, da man keine relative Strafen hatte, während eine Schärfung durch bloße Zusätze verhängt werden könne.[5])

Als besondere Gründe zur Verschärfung der ordentlichen Strafe durch Zusätze werden im Hinblick auf das Normalverbrechen hervorgehoben außergewöhnliche Grausamkeit[6]), besondere List, sehr großer Schaden[7]) und dergleichen, Verletzung von Pietätsverhältnissen[8]) und Wiederholung der Verbrechen.

In dem Schärfungsgrunde der Wiederholung liegen anfänglich

---

[1]) Böhmer, Obs. II. ad qu. 149. n. 48 mit Ausschluß der Todesstrafe. Klein l. c. schließt die Berücksichtigung auch bei lebenslänglichem Gefängniß aus.

[2]) Koch l. c. §. 151. b. Kleinschrod l. c. §. 97. Grolman l. c. §. 116. a. sogar: es dürfe die ordin. nicht erkannt werden, wenn dem Verbrecher dadurch ein Wunsch erfüllt würde, z. B. einem lebensüberdrüssigen Mörder!

[3]) Maydell l. c. §. 30.

[4]) Diese Auffassung zeigt sich erst bei Spätern. Koch §. 155 f. Kleinschrod, Grolman l. c. §. 113. Bei den frühern Autoren findet sich noch keine solche Beschränkung. Böhmer l. c. p. 410. Maydell §. 19. Engau l. c. §. 83. Chr. Meister S. II. P. I. §. XXIX. l. c.

[5]) Kleinschrod l. c. Th. II. §. 125.

[6]) Engau l. c. §. 55. Kleinschrod l. c. II. §. 104.

[7]) Kleinschrod l. c. §. 104.

[8]) Engau l. c. Kleinschrod l. c.

Konkurrenz und Rückfall ungeschieden beisammen[1]), die spätere Doktrin sonderte sie und legte die straferhöhende Bedeutung vornehmlich dem Rückfalle bei, der jedoch auf die Verübung desselben oder eines gleichartigen Verbrechens nach erfolgter Bestrafung beschränkt wurde. In der Lehre von der Konkurrenz wurde das fortgesetzte Verbrechen als wegen der Erneuerung des verbrecherischen Entschlusses[2]) besonders strafbar bezeichnet. Die wegen der Fortsetzung bestimmte Schärfung wurde aber auch als Ersatz für die Nichtanwendbarkeit mehrerer Strafen angesehen.[3]) Daß auch diejenigen Autoren, welche die Konkurrenz schon scharf von dem Rückfalle trennen und über die Anwendung der Strafen bei dem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in einer Person besondere Grundsätze aufstellen, sie dennoch den Schärfungsgründen einreihen, hat seinen Grund in der irrthümlichen Fassung des Begriffs der Schärfung als eines Zusatzes zu der gesetzlichen Strafe, da im Falle der Incompatibilität der verwirkten Strafen die nicht anwendbaren durch eine in einem äußerlichen Zusatze bestehende Schärfung surrogirt werden sollten.[4])

Die Gesetzgebungen des XVIII. Jahrhunderts.

Codex juris Bavar. crim. Constit. crim. Theresiana.

Die ersten Gesetzgebungen, welche der von der Doktrin begünstigten Willkühr der Praxis hemmend entgegentraten und mit der Autorität des gemeinen Rechts vollständig brachen, waren bekanntlich der Codex juris Bavarici criminalis von 1751 und die constitutio criminalis Theresiana von 1769.

So sehr diese beiden Gesetzbücher in übriger Beziehung auf dem Standpunkte der Carpzov'schen Doktrin stehen und an Härte und Verirrungen die Carolina überbieten, so blieben sie dennoch von der neueren Doktrin nicht unberührt. Die poena ordinaria erscheint nämlich in beiden als die auf das vollendete Verbrechen gesetzte Strafe, während die culpa als besondere Form der Verschuldung aufgestellt ist.[5])

---

[1]) Auch bei Klein l. c. in §. 156 keine Scheidung.

[2]) Von einer Erneuerung konnte die Rede sein, weil der Begriff der Fortsetzung lediglich nach der Einheit des Gegenstandes bestimmt wurde. Grolman §. 111. Klein §. 156 l. c.

[3]) Klein, §. 156. l. c. Grolman l. c. §. 11.

[4]) Die Obigen und Kleinschrod Grundsätze rc. Bei ihm Thl. III. §. 101 u. 102, wie bei den späteren Autoren dieser Periode ist die Konkurrenz besonders abgehandelt.

[5]) Codex juris bav. crim. §. 3. Anmerkungen über den Codicem ad §. 3. Ein Verbrechen wird begangen dolo vel culpa; wo keins von beiden ist, da ist auch kein Verbrechen. Const. crim. Theres. XI. §. 8.

Die Theresiana enthält sogar einen eigenen Artikel über den Versuch, stellt ihn aber doch auch wieder unter die Milderungsgründe.[1])

Was die Behandlung der Milderungs- und Schärfungsgründe betrifft, so ist hierin so ziemlich die Carpzov'sche Doktrin vertreten, indem die herkömmlichen Milderungs- und Schärfungsgründe aufgezählt werden, und die Berücksichtigung ganz willkührlicher Milderungsgründe als „Vielheit von Kindern, Fehlstreich, Brechung des Stricks[2]), Geschick und Künstlichkeit"[3]) und dergleichen an die Begnadigung verwiesen wird. Unter den Schärfungsgründen wird besonderes Gewicht auf den Rückfall gelegt.[4]) Die Schärfung selbst ist, wie die Theresiana ausdrücklich hervorhebt, nicht auf äußerliche Zusätze beschränkt, sondern kann auch in dem Uebergang zu einer höhern Gattung bestehen.[5])

In Preußen war der richterlichen Willkühr schon durch Spezialverordnungen begegnet worden.[6]) Friedrich der Große entzog den Gerichten jede Befugniß der Linderung und Schärfung. Jedes Urtheil mußte zur Bestätigung vorgelegt werden, wobei dann der Regent wirklich richterliche Funktionen übernahm, indem er nicht bloß die Strafe milderte oder erließ, sondern auch schärfte.[7])

Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 theilt mit dem Gesetzbuche Josephs II. von 1787 das Verdienst eines großen Fortschritts, indem durch sie die relativen Freiheitsstrafen zum Mittelpunkt des Strafsystems wurden[8]) und hiedurch den Richter die Möglichkeit einer bessern Würdigung der Verschuldung gegeben war. Am weitesten war in dieser Beziehung Joseph II. gegangen, der in seinem Gesetzbuche mit Ausschluß der Todesstrafe nur relative Freiheitsstrafen mit weiten Spatien (15—30 und 30—100 Jahre) verhängte, dagegen den Richtern jedes Ueberschreiten dieser Strafrahmen strengstens untersagte.[9]) Die scheinbare Milde des Gesetzbuchs Josephs II. wird aber durch die schauderhaften Qualen, welche mit den verschiedenen Arten der Gefängnißstrafen verbunden waren, aufgewogen.[10])

Gesetzbuch Joseph II. Preuß. Allg. Landrecht.

Das Preußische Landrecht behielt absolute Strafen bei, gestattete aber auch dem Richter ein Abweichen von der Strafe.

Das Strafänderungsrecht ist ganz in der Weise Koch's behandelt.[11]) Es wird noch von der Unterscheidung der ordentlichen und

---

[1]) Const. crim. Theres. III.

[2]) u. [3]) Codex jur. bavar. §. 34. Theresiana XI. §. u.

[4]) Codex jur. Bavar. §. 35. Theresiana XII.

[5]) Theresiana l. c.

[6]) Wächter, Gem. deutsches Recht. p. 144—150. Hälschner, Preuß. Brand. St.R. Thl. I. p. 141 ff.

[7]) Hälschner l. c. §. 20.

[8]) Hälschner l. c. I. 216.

[9]) Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung 1787. §. 13.

[10]) Insbesondere die sogenannte langwierige Strafe II. Grades. Anschmieden an Ketten, so daß fast jede Bewegung gehemmt war, nur die nothwendigste Nahrung.

[11]) Koch, Anfangsgründe d. peinl. Rechts 1790. XI. Abschn. vgl. p. 58 n. 5.

außerordentlichen Strafe ausgegangen, die aber einen sehr beschränkten Sinn hat, indem sie nur eine geringere als die ordentliche, auf das Normalmaß der Verschuldung gesetzte, nichts desto weniger aber selbst eine bestimmte ist[1]), während im Codex juris bav. crim. und in der Const. Theresiana die außerordentliche Strafe als gleichbedeutend mit einer arbiträren erklärt wird.[2]) Die Milderungs- und Schärfungsgründe selbst sind ganz in der Weise Koch's behandelt, so daß nur mehr sogenannte causae extrinsecae als solche erscheinen, nämlich Anzeige noch unentdeckter Mitschuldiger, freiwilliges Geständniß, Reue, Verhinderung des Schadens, Schadensersatz als Milderungsgründe[3]), — Bestrafung wegen desselben Verbrechens, Konkurrenz des begangenen Verbrechens mit Verletzug der Ehrfurcht gegen den Staat, mit einem Mißbrauch der Religion, mit Störung der öffentlichen Ruhe, mit beamtlicher Concussion u. s. w., als Schärfungsgründe.[4])

Die Theorie Feuerbachs.

Die Reaction gegen die richterliche Willkühr war, wie erörtert, in Folge des Ganges, welchen die Entwicklung der Doktrin nahm, in den Sand verlaufen. Da trat Feuerbach auf und suchte dem Gesetz das verlorene Ansehen wieder zu erobern. Zunächst griff er das sogenannte Interpretationsrecht an und zeigte, daß die Befugniß, die Anwendbarkeit des Gesetzes nach philosophischen Grundsätzen zu beurtheilen, dem Begriff des Gesetzes als einem durch sich selbst Verbindlichen zuwider sei.[5]) Nicht minder berechtigt war seine Opposition gegen die Anmaßung, ohne alle aus den Gesetzen geschöpften Anhaltspunkte die den Gesetzgeber leitenden Gedanken nach den eigenen Ansichten über Strafbarkeit bestimmen zu wollen.[6]) Freilich war er ebensowenig zu der Annahme berechtigt, daß der Gesetzgeber immer den härtesten Fall vor Augen habe, als jene zu der, daß ihm der gewöhnliche vorschwebe. Was er jenem znm Vorwurf machte, daß, wenn auch ihre Vermuthung richtig wäre, sie doch nicht berechtigt seien, Consequenzen daraus zu ziehen, ließ er sich selbst zu Schulden kommen, indem er den Begriff der Strafschärfung auf Grund seiner Präsumtion

---

[1]) Hälschner l. c. p. 210. — Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. IV. Bd. Titel XX. §§. 31. 32. 46.

[2]) Codex jur. bav. crim. §. 12. — Theresiana VII. §. 1.

[3]) Allgem. Landr. T. XX. §§. 58—63.

[4]) Allgem. Landrecht l. c. §§. 52. 57. 149. 212. 220. 338. 530.

[5]) Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriff des positiven peinlichen Rechtes. 1799. Thl. I. 115. 145 ff. 243 ff.

[6]) F. Rev. I. 250. 263 ff.

auf die Zufügung eines Zusatzes beschränkte, da keine höhere als im Gesetze wirklich angedrohte Strafe verhängt werden dürfe.[1]) Daß, wenn die Gesetze wirklich gewisse Momente, z. B. einen gewissen Grad des Dolus zum Erforderniß des Eintritts der Strafe gemacht, das Nichtvorhandensein eines derselben eine Milderung begründe, gab er zwar zu[2]), wie er auch wegen Mangels eines der Requisite zum Thatbestand einen Abzug an der vollen Strafe wollte.[3]) Das volle Quantum der Strafe sei ja gleich der Summe sämmtlicher Bedingungen; fehle irgend eine derselben, so müsse der entsprechende Theil der ganzen Strafe abgezogen werden. Das sei aber keine Milderung. Dem Vorwurf eines bloßen Rechnungsexempels glaubte er durch die Vorschrift, die Gründe sollten abgewogen werden, zu begegnen; das von ihm selbst zum Beleg angeführte Beispiel gibt aber den Beweis, daß sich die einzelnen Voraussetzungen des Thatbestandes eines Verbrechens nicht aus einander legen lassen, ohne daß nicht der ganze Charakter der Handlung verändert wird und die noch übrig gebliebenen Merkmale sogleich in ein anderes Bild zusammenschießen.[4]) Daß aber der Gesetzgeber von den behaupteten Voraussetzungen den Eintritt der Strafe abhängig gemacht habe, bestritt er und zwar nicht auf Grund der positiven Gesetze, sondern auf Grund seiner Theorie. Für diese war nun das Erforderniß der vollen Zurechnung, der vollen Freiheit ganz unbrauchbar. In extremer Scheidung des Rechts von der Moral wollte er auch den Begriff der Freiheit als etwas Transcendentalen, Unbestimmbaren und daher auch Unhandbaren ganz aus dem Rechte ausstoßen.[5]) Der Mensch lasse sich nur durch die Sinne leiten, und müsse durch sie auf ihn gewirkt werden. Soll der Mensch nur dadurch vom Verbrechen abgeschreckt werden, daß mit der Befriedigung seines sinnlichen Triebes ein größeres Uebel verbunden ist, als in der Unlust über die Nichtbefriedigung liegt, so ist das Vermögen einer Selbstbestimmung zum Guten oder Bösen allerdings von keiner Bedeutung für die Verhängung der Strafe. Da Feuerbach das oberste Prinzip ohnedieß die Gefährlichkeit ist[6]), so war es consequent, die concrete Verschuldung unbeachtet zu lassen und Milderung und Schärfung bei bestimmten Strafgesetzen total auszuschließen.[7]) In unlöslichem Widerspruch steht damit aber die Annahme, der Gesetzgeber wolle bei unbestimmten Gesetzen die genaue Würdigung der concreten Verschuldung,

---

[1]) Rev. I. p. 333.

[2]) Rev. I. p. 263.

[3]) Rev. II. 4 ff.

[4]) Revision II. 6. 7. Beim Verbrechen der Nothzucht verhalte sich die vis zu den übrigen das Verbrechen constituirenden Elementen, der Consummation und der jungfräulichen Ehre, wie 2 : 1, wo also vis nicht vorhanden, sinke die Todesstrafe auf zeitliche Zuchthausstrafe herab; — mit der Gewalt fällt aber offenbar das eigentliche Kriterium des Verbrechens weg.

[5]) Rev. I. 284—290. 319.

[6]) Revision II. p. 91—117.

[7]) A. a. O. I. 331—337.

während sie bei bestimmten ausgeschlossen ist. Bezüglich der unbestimmten Gesetze weist er nämlich den Richter an die Grundsätze über die Größe der Strafbarkeit im Allgemeinen, die er seiner Theorie entsprechend entwickelt.[1])

Was die positiven Gesetze betrifft, so findet Feuerbach seine Doktrin vollkommen bestätigt, eine Ueberzeugung, welche seine Vorgänger aus denselben Stellen für ihre von ihm bekämpften Ansichten gewonnen hatten.

Obwohl er der Philosophie „nur die Ehre einräumen will, eine unterthänige Dienerin des Rechts zu sein"[2]), behandelt er die Gesetze doch, als ob ihnen seine Doktrin zu Grunde läge. Dem Unterschiede der crimina ordinaria und extraordinaria legt er eine mehr materielle Bedeutung bei und verweist alle für Milderung sprechenden Stellen des römischen Rechts auf die poenae arbitrariae (extraordinariae). Daneben stützt er sich für seine Ansicht auf dem ordo judiciorum publicorum und erklärt das in der Kaiserzeit von den Richtern geübte Strafänderungsrecht als Mißbrauch derselben als Werkzeuge des Despotismus.[3]) Aus dem canonischen Recht erwähnt er nur diejenigen Stellen, welche von der Rache Gottes sprechen, diejenigen dagegen, welche die Gnade und die Verzeihung Gottes hervorheben, übergeht er ganz.[4]) Wie er seine Theorie aus der Carolina rechtfertigt, wurde schon oben erörtert.

Feuerbach faßt eben die Gesetze ohne Rücksicht auf ihre historische Entwicklung auf, nicht wie sie geworden, sondern wie sie nach seiner Ansicht sein sollen. Was ein Gesetz sein soll, gezeigt, der Opposition gegen die richterliche Willkühr den schärfsten Ausdruck gegeben, die Uebergriffe der richterlichen Gewalt auf das Gebiet der Gesetzgebung energisch zurückgewiesen zu haben, — das ist auch Feuerbachs bleibendes Verdienst.

[1]) II. 34 ff.
[2]) Vorrede zur Revision 2c. 1 f.
[3]) I. 343.
[4]) I. 408.

Die Doktrin und die Gesetzgebungen des XIX. Jahrhunderts.

Einfluß des französischen Rechts.

Das Strafänderungsrecht des Richters im Allgemeinen, insbesondere das Milderungsrecht.

Die Opposition Feuerbachs gegen das richterliche Strafänderungsrecht war insbesondere, was das Milderungsrecht betrifft, von keiner durchgreifenden Wirkung auf die Doktrin. Feuerbach selbst sah sich veranlaßt, Concessionen zu machen, indem er ein ausnahmsweises Milderungsrecht zugab. Seine schon in der Revision aufgestellte Lehre vom Mangel am Thatbestande, den er aber dort noch ausdrücklich gegen die Auffassung als Milderungsgrund verwahrte, führte ihn selbst zur Zulassung des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung.[1])

Die Doktrin beharrte demnach auf ihrem bisher eingenommenen Standpunkte, insofern sie die Aenderungsbefugniß des Richters auf Grund eines solchen bestimmt gestattenden Gesetzes vertheidigte.[2]) Die Scheidung der Lehre von der Anwendung des Gesetzes bei bestimmten und der bei unbestimmten Strafgesetzen erhielt sich. Da die völlig unbestimmten mit Recht verworfen wurden, die relativ bestimmten aber nunmehr den Mittelpunkt des Gesetzes bildeten, so traten letztere in die Stelle ersterer ein.

Für die Ausmessung der Strafe innerhalb des durch ein Maximum und Minimum abgegränzten Strafrahmens sind nun die aus der Zurechnungslehre entnommenen Grundsätze maßgebend. Die sich hieraus ergebenden Gründe werden Minderungs- und Erhöhungsgründe genannt; im Gegensatz zu diesen werden jene Gründe, welche ein Abweichen von der absolut bestimmten Strafe oder ein Ueberschreiten des Strafrahmens bewirken sollen, als Milderungs- und Schärfungsgründe bezeichnet.

---

[1]) Feuerbach, Lehrbuch VI. Aufl. §. 94. Mangel am Thatbestand, unverschuldete Leiden, Unmündigkeit. In der Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs p. 299. Mangel am Thatbestand, Jugend, Befehl eines Vorgesetzten, Zwang, Drohung und dringende Noth, insofern sie die Zurechnung nicht auszuschließen. In s. hinterlassenen Entwurf (nach Mittermaiers Mittheilung) 1) geminderte Zurechnung, 2) Zusammentreffen vieler und starker mildernder Gründe im außergewöhnlichen Falle.

[2]) Köstlin, System p. 593 sagt auf Grund der Reaction gegen die richterliche Willkühr sei dieß herrschende Doktrin geworden; wie aus der obigen Darstellung hervorgeht, hatten schon die Italiener diesen Grundsatz aufgestellt. S. z. B. Wächter, Röm.-Teutsches Strafrecht Thl. I. IV. u. V. Kapitel.

Dieser Sprachgebrauch ist zwar kein fester[1]) und war manchen Einwendungen ausgesetzt. So machte Trefurt mit Recht dagegen geltend, daß Erhöhen und Mindern ein Abweichen von der gesetzlichen Strafe bezeichne, durch die Bestimmung einer Strafe innerhalb des Strafrahmens aber gerade die gesetzliche Strafe ausgesprochen werde.[2])

Dennoch ging dieser Sprachgebrauch in die neueren Gesetzgebungen über. In dieser Unterscheidung fand jedenfalls die sich geltend machende Ansicht, daß die Strafänderungsgründe qualitativ von den Strafausmessungsgründen unterschieden seien, nur eine Bestärkung. Diese Auffassung trat zwar weniger in einem durchgreifenden innern Prinzip hervor, als darin, daß in Doktrin wie in Gesetzgebung manche Gründe unter die Zumessungsgründe gestellt wurden, welchen man jede Bedeutung für die Strafänderung absprach.[3]) Abgesehen von dem Fortschritt in der Behandlung des Details, wohin insbesondere die Verwerfung der ungebührlichen Ausdehnung der geminderten Zurechnung als eine heilsame Nachwirkung der Polemik Feuerbachs gegen die Vermengung von Recht und Moral hervorzuheben ist, gewann auch der Begriff der Strafänderung selbst endgiltig eine richtigere Fassung. Er fixirte sich nämlich mit wenigen Ausnahmen in der schon in der vorigen Periode hervorgetretenen später aber wieder verdrängten Beschränkung, nämlich als Abweichung von der durch die selbstständige Gestaltung der Schuld selbst verwirkten Strafe. Es ist dies insbesondere das Verdienst Feuerbachs, der im Anschluß an Maydell die Nothwendigkeit der Ausscheidung der Schuldformen an der Strafänderung in seiner Revision aufs Neue mit aller Entschiedenheit hervorgehoben hatte.

Der Begnadigung gegenüber hielt man trotz aller Divergenz der Ansichten über die Begnadigung selbst — in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen, welche der früher gangbaren Unterscheidung zwischen mitigatio ex capite gratiae und ex capite justitiae daran fest, daß die Strafänderung ihre Begründung lediglich der Natur der verbrecherischen Handlung zu entnehmen und als ihre Aufgabe demnach die Herstellung der adäquaten rechtlichen Vergeltung zu betrachten habe.

Von größter Bedeutung war aber die Theorie Feuerbachs für die Gesetzgebungen, zunächst für die bayrische vom Jahr 1813.

---

[1]) Hefter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts §§. 153 bis 159. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §§. 147—153. Martin, Lehrbuch des Strafrechts §§. 51—53. 55—57. Heffter l. c. §. 100 ff. Schärfungs- und Minderungsgründe. Salchow, I. 121. will Minderungsgrund für Milderungsgrund. Berner l. c. §. 137. Minderung und Erhöhung — Schärfung und Milderung.

[2]) Archiv für Criminalrecht. N. F. 1838. p. 413—415.

[3]) Die einzige Ausnahme hievon bilden unter den Gesetzgebungen die österreichischen Gesetzbücher von 1803 und 1852. Sie kennen keinen Unterschied von Zumessungs- und Aenderungsgründen, aber auch keine Aenderung auf Grund einzelner bestimmter Milderungsgründe, sondern nur allgemeine Ermächtigungen. Oestreich. Gesetzbuch von 1803. §. 37. 38. von 1852. §. 45 ff. Jenull, Commentar zum österr. G.B. von 1803. I. 271. Hye von Glunek, Strafgesetz. I. 563.

Eine consequente Durchführung seiner Ansichten konnte allerdings in einem Gesetzbuche nicht durchdringen. Diese würde dazu geführt haben, nur absolut bestimmte Strafen zuzulassen. Dem unabweisbaren Bedürfnisse, die Achtung vor dem Gesetze mit den Forderungen der Gerechtigkeit zu vereinigen, hatte schon das Gesetzbuch Josephs II. und das Preußische Landrecht Rechnung getragen, indem es durch die Adoption des Systems der relativ bestimmten Strafen einen gewissen Spielraum dem Richter einräumte.

Diesem Fortschritt konnte sich das bayrische Gesetzbuch nicht verschließen, dagegen war die Tendenz, die dem Richter gestattete freie Bewegung möglichst einzuengen, bei der übertriebenen Vorstellung von der Allmacht der Gesetzgebung erklärlich.

Abgesehen davon, daß das System der relativ bestimmten Strafen, wie allerdings auch in keiner der neuesten Gesetzgebungen, nicht consequent durchgeführt wurde, indem noch viele absolut bestimmte Strafen daneben gedroht sind, suchte das Gesetzbuch selbst soviel wie möglich die concreten Gestaltungen der Schuld zu treffen.

Dieß wurde durch die Aufstellung verschiedener Grade bei den einzelnen Verbrechen zu erreichen gesucht. Hiebei wurden allgemein erschwerende Umstände zu beschwerenden, gewissermaßen den Thatbestand von Unterarten der Verbrechen bildenden Eigenschaften erhoben und die Strafe deßwegen sogar der Gattung nach gesteigert. Mitunter wurden solche Eigenschaften sogar verbunden und hiedurch eine allerdings oft schwierige Casuistik in das Gesetz eingeführt.[1]) Das dem Richter für die Ausmessung der Strafe gelassene Spatium ist ein eng begrenztes, indem die relativen Strafen nur nach der Dauer bestimmt sind, diese selbst aber in enge Zeitgrenzen eingeschlossen ist. Hinsichtlich der Gattung und des Grades der Strafe ist der Richter durchaus an das Gesetz gebunden.[2])

Allgemeine Milderungsgründe sind nur in sehr ungenügender Anzahl zugelassen, dem Schärfungsrechte dagegen eine der Milderung analoge dem französischen Rechte entlehnte Erweiterung beim Rückfall gegeben. Weitern Ansprüchen auf Milderung soll die Begnadigung entsprechen, auf welche im Falle des Zusammentreffens mildernder Umstände ein Offizialantrag gestellt werden soll.[3]) Obwohl die Erfahrung in Bayern trotzdem, daß die Praxis den am meisten vermißten Milderungsgrund der geminderten Zurechnung einzuschmuggeln wußte[4]), hinlänglich die Ungenügendheit eines solchen Systems dargethan hatte[5]),

---

[1]) Gönner, Motive zum Entwurfe vom Jahre 1822 tadelt dieß besonders. Nachweisungen hierüber p. 144—159.

[2]) Bayr. Strafgesetzbuch 1813. Art. 95. 97. Anmerk. zum I. Th. Bd. I. p. 45.

[3]) Bayr. Ges. Art. 96.

[4]) Das Marginale des Art. 106 des Strafgesetzbuchs wurde hiezu benutzt.

[5]) Gönner, Motive zum Entwurf von 1822. p. 134. Arnold im Archiv vom Jahr 1843 p. 109—112 ff.

griffen doch auch andere Gesetzgebungen zu dem Ausweg der Verweisung auf den Gnadenweg. So schloß sich das württembergische Gesetz eng an das bayrische an[1]) und kehrte das hannoveranische abweichend von den Entwürfen zu diesem System zurück.[2]) Der bayrische Entwurf von 1822 hatte es bereits verworfen, weil hiedurch der Regent in die fatale Lage versetzt werde, entweder in jedem Falle die vom Gerichte in Antrag gebrachte Begnadigung zu ertheilen, oder den Richter über das Gericht zu machen.[3]) Mit weniger Berechtigung wurde dagegen geltend gemacht, daß der Schuldige auf ein gerechtes, nicht auf ein gnädiges Urtheil Anspruch habe.[4]) Man ging eben von beiden Seiten von einer verschiedenen Auffassung der Begnadigung aus. Die Realisirung der Gerechtigkeit in außerordentlichen Fällen war ja die der Begnadigung zugetheilte Aufgabe. Der Fehler bestand nur darin, daß man von vorneherein auf die Vorsorge für die gerade nicht unvorhersehbaren Fälle verzichtete und folglich das Begnadigungsrecht nicht bloß auf außergewöhnliche Fälle beschränkte.

Der Entwurf von 1822 hatte aber in einer andern für die spätern Gesetzgebungen mehr oder minder maßgebenden Weise eine Erweiterung des richterlichen Ermessens durchzuführen versucht. Zunächst wird das Spatium dadurch bedeutend erweitert, daß die Strafen nur mehr der Gattung nach bestimmt werden, folglich der ganze für eine Strafart festgesetzte Zeitraum der Disposition des Richters überlassen ist. Außerdem ertheilt der Entwurf dem Richter in speziellen Fällen die Erlaubniß, auf eine andere Strafart zu erkennen.[5]) Die Zulassung einer Milderung nur bei einzelnen Delicten ist aber offenbar eine Inconsequenz, da die Möglichkeit eines Bedürfnisses der Milderung wohl bei jedem Verbrechen zugegeben werden muß. Den speziellen Milderungen war aber eine so bedeutende Wirkung beigelegt, daß die Einwendungen, welche gegen eine solche Ausdehnung des richterlichen Ermessens erhoben wurden, gerechtfertigt erscheinen.[6]) Die spätern Entwürfe 1827[7]) und 1831 beschränkten auch diese Freiheit, ja der Entwurf von 1831 kehrte fast ganz auf den Standpunkt des Gesetzes von 1813 mit ausdrücklicher Berufung auf die Nothwendigkeit

---

[1]) Hepp, Commentar zum württembergischen Gesetz von 1835. I. p. 656.

[2]) Strafgesetzb. für Hannover von 1840. Art. 112.

[3]) Gönner, Motive 2c. p. 134. Auf Grund dieser Ansicht gab Napoleon I. den Auftrag zum Antrag auf Cassation eines ihm zur Begnadigung vorgelegten Urtheils.

[4]) Leonhardt, Commentar zum St.G.B. für Hannover p. 425.

[5]) Gönner, Motive zum Entwurf von 1822. p. 200.

[6]) Oersted, Kritik des Entwurfs von 1822. p. 222 ff. Von Zuchthaus kann z. B. auf Arbeitshaus heruntergegangen werden, wegen besonders leichter Fälle auf Gefängniß. Dies gibt ein Spatium von 20 Jahren bis 8 Tagen.

[7]) Rev. Entwurf von 1827. Motive Beil. XVII. d. Verh. d. II. Kammer. Hier sind die Strafen noch nur der Gattung nach bestimmt, sonst aber Einschränkungen.

der Wahrung des Begnadigungsrechtes gegenüber der richterlichen „Willkühr“ zurück.[1])

Die im Entwurf von 1822 vorgeschlagene Erweiterung des richterlichen Ermessens durch Ausdehnung des dem Richter überlassenen Spielraums wurde in mehreren Gesetzgebungen angenommen. So ist schon im hannoveranischen Gesetzbuch die Strafe oft nur der Gattung nach bestimmt oder das Minimum unbeschränkt und nur das Maximum beschränkt.[2]) Dasselbe ist der Fall im hessischen[3]) und badischen[4]) Gesetz, am consequentesten durchgeführt im sächsischen Strafgesetzbuch von 1855.[5]). Während erstere das auch im Entwurf von 1822 besonders hervorgehobene Spezialisirungssystem, nämlich die Zulassung besonderer theils ausdrücklich bestimmter, theils nur allgemein bezeichneter Milderungsgründe bei den einzelnen Verbrechen verbinden[6]), sorgt das sächsische Gesetz für die Milderung noch besonders durch die weite Ausdehnung des Milderungsgrundes der verminderten Zurechnung.[7]) Bei all diesen Gesetzgebungen kam die Ertheilung einer allgemeinen Ermächtigung zur Herabsetzung der Strafen in Frage. Bauer hatte in dem ersten hannöverischen Entwurf von 1826 den Vorschlag gemacht, die Richter wegen des Zusammentreffens mindernder Umstände zu ermächtigen, unter das gesetzliche Minimum herabzugehen. Würde die Gattung verändert, so solle das Urtheil dem Justizministerium zur Controle der Richter und des Gesetzes, dessen Mängel auf diesem Wege am sichersten aufgedeckt würden, vorgelegt werden.[8]) Obwohl dieser Vorschlag vielen Beifall fand — Mitermaier pries ihn als das vorzüglichste Mittel der Legislation[9]), scheiterte er doch überall an der Furcht vor dem richterlichen Ermessen. Nur das braunschweigische Gesetz gestattet im Falle des Zusammentreffens insbesondere die Zurechnung alterirender Gründe dem Richter ein Herabgehen unter das Minimum.[10])

In sehr beschränkter Weise gibt eine allgemeine Ermächtigung das hessische Gesetz. Wo nämlich nur Correktionshausstrafe mit dem Minimum von drei Monaten angedroht ist, kann das Gericht auf Gefängniß bis zu einem Monate herabgehen.[11]) Auf ein solches Sy-

---

[1]) Motive zum Entwurf von 1831 p. 23. Die Latitude wurde wie im Gesetz von 1813 nur mehr der Dauer nach bestimmt p. 27.

[2]) Leonhardt, Commentar zum hannov. St.G. p. 426 hält dieß nicht für genügend und befürchtet, man werde mit dem hannöverschen Gesetz in dieselbe Lage kommen, wie der Carolina gegenüber.

[3]) Breidenbach, Commentar zum hessischen St.G. 1842. p. 165.

[4]) Thilo, Commentar zum badischen Gesetz 1845. p. 17.

[5]) Krug, Commentar zum sächsischen St.G. v. 1855 ad Art. 73 d. St.G.

[6]) Dagegen Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I. Beitrag 1841. p. 269. 270.

[7]) Sächs. Strafg. B. 1855. Art. 88 u. 96.

[8]) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Hannover mit Anmerkungen von Dr. A. Bauer 1826 p. 574. Art. 112.

[9]) Leonhardt l. c. p. 424.

[10]) Strfg.B. für Braunschweig Art. 62.

[11]) Gesetzbuch für Hessen Art. 122.

stem trifft das gegen das Spezialisirungssystem Gesagte in erhöhtem Maße zu. Gerade bei den schweren Verbrechen macht sich das Bedürfniß einer Milderungsbefugniß am meisten fühlbar. Die Berufung auf die geringere Bedenklichkeit der Einräumung einer solchen Befugniß nur bei geringer strafbaren Verbrechen verräth nur Mißtrauen gegen die Richter[1]), ohne die Beschränkung zu rechtfertigen.

Ein nach der bureaukratischen Hierarchie abgestuftes Milderungsrecht ist in der österreichischen Rechtspflege begründet. Nach dem Gesetzbuch von 1803[2]) hatten die Untergerichte die Befugniß bei Verbrechen, für welche die höchste Strafzeit 5 Jahre betrug, die Strafe der Dauer und der Art nach herabzusetzen; eine Befugniß, deren Bedeutung gewöhnlich unterschätzt wird.[3]) Es fallen nämlich hierunter auch jene Verbrechen, für welche unter der Voraussetzung erschwerender Umstände höhere Strafen gesetzt sind[4]); ferner sind mit dieser Bestimmung auch die Ehrenstrafen dem Ermessen des Gerichts überlassen, da sie, — vom Gb. mit dem schweren Kerker verknüpft[5]) —, mit Aenderung dieser Strafart ebenfalls „nachgesehen“ werden können. Endlich ist der Richter bezüglich des Mininums nur insoweit gebunden, als er eben überhaupt noch eine Strafe aussprechen muß, die sich aber auf einige Stunden beschränken kann.[6]) Wo nun das Gericht I. Instanz bei Verbrechen, welche mit Kerker von 5—10 Jahren bedroht sind, eine Milderung unter 5 Jahren für begründet erachtet, legt es sein Urtheil nach einem Justizhofdecret von 1815 dem Criminalobergericht vor.[7]) Dieses mildert bei Verbrechen, die mit 5 bis 10 Jahren bedroht sind, bis auf 2 Jahre, bei jenen, welche eine Strafe von 10—20 Jahren treffen würde, bis zu 5 Jahren.[8]) Erscheint dem Criminalobergericht diese Milderung nicht ausreichend, so kann es die Acten mit einem Milderungsantrag an den obersten Gerichtshof einsenden, dem sie vorgelegt werden müssen, wenn auf lebenslängliche Kerkerstrafe erkannt werden soll.[9]) Der oberste Gerichtshof war nun bis zum Jahr 1853 in seinem Ermessen völlig unbeschränkt.[10]) Es steigerte sich also das Milderungsrecht successiv je nach den ver-

---

[1]) Scharf getadelt von Mittermaier, Fortbildung d. St.Gesetzgebung I. 268.

[2]) St.G.B. von 1803. §. 48.

[3]) Köstlin p. 600. des Systems stellt das östreichische Gb. mit dem bayerischen und dem Code pénal zusammen und bemerkt, sie beschränkten das Milderungsrecht höchst widernatürlich p. 601. Es räume dem Obergericht nur in besondern Fällen dasselbe ein. Erst die neueren Prozeßordnungen hätten bedeutende Ausdehnungen des richterlichen Milderungsrechtes aufgenommen. Wie die obige Darstellung ergibt, ist dieß nicht richtig.

[4]) Hye Edler von Glüneck, das östreich. St.G. von 1852 p. 636.

[5]) Gb. von 1803. §. 27.

[6]) Die Praxis legte den §. 48 so aus, bestätigt durch §. 54 des St.G. von 1852.

[7]) Hye l. c.

[8]) Oestreich. Str.G.B. 1803. Th. I. Abschnitt II. §. 441.

[9]) St.G.B. 1803. §. 443. a. d.

[10]) Hye l. c. p. 632. Hye, Commentar z. Str.Proz.Ges. v. 1853. p. 322.

schiedenen Instanzen und fand beim obersten Gerichtshof seine Grenze nur in der Umwandlung der Todesstrafe, welche sich der Regent vorbehalten hatte.[1]) In der That liegt hier eine Delegation des Begnadigungsrechts, eine Ansicht, die in der österreichischen Gerichtssprache ihre Bestätigung findet, indem Milderung der Strafe und Begnadigung ununterschieden mit dem Ausdruck „Nachsicht" bezeichnet werden. Abgesehen von den Nachtheilen, welche dieses System durch Zeitverlust und Vermehrung der Kosten unvermeidlich mit sich bringt, sowie von der Inconsequenz, die in dem Ausschluß der Milderung der Todesstrafe liegt[2]), leidet das System noch an dem Grundfehler, daß es einerseits die Würdigung der Schuld dem aburtheilenden Richter zu entziehen versucht, andererseits die Vorlage der Akten doch in das Ermessen derselben stellt und hiemit die Erwägung der Frage, ob überhaupt gemildert werden solle, dennoch der untern Instanz anheimgibt. Die Vorlage selbst ist eben nur in besondern Fällen geboten. Jedenfalls ist aber derjenige Richter, vor welchem sich die ganze Verhandlung abspinnt, befähigter, den concreten Fall zu beurtheilen, als derjenige, welcher ihn nur aus der Aufnahme des Unterrichters kennt. In der Stellung zur Begnadigung stehen sich aber Unterrichter und Oberrichter offenbar gleich.

In der Praxis wurde aber das den Untergerichten eingeräumte Milderungsrecht so gehandhabt, daß die Erkennung der gesetzlichen Strafe als Erschwerung angesehen wurde. Es sah sich daher das Justizministerium veranlaßt, die exceptionelle Natur dieser Befugniß besonders einzuschärfen.[3]) Durch die Strafprozeßordnung vom 17. Januar 1851 wurde das Milderungsrecht der Untergerichte noch bedeutend erweitert, indem die Landesgerichte I. Instanz ermächtigt wurden, in allen Fällen, in welchen Freiheitsstrafen von 10 bis 20 Jahren oder auf Lebenszeit gedroht ist, die Dauer bis auf drei Jahre zu ermäßigen, in jenen Fällen dagegen, welche mit Strafe von 5—10 Jahren bedroht sind, die Art der Strafe zu ändern und die Dauer bis auf ein Jahr herabzusetzen.[4]) Das Strafprozeßgesetz vom 29. Juli 1853 dagegen beschränkte die Untergerichte wieder auf die ihnen vom G.B. von 1803 eingeräumte und durch das Strafgesetz von 1852 bestätigte Befugniß.[5]) Hinsichtlich aller höheren Freiheitsstrafen verweist das Gesetz auf den obersten Gerichtshof, welcher bezüglich der Art und Dauer der Strafe nur insoweit beschränkt ist, daß er dieselbe nicht mehr gänzlich „nachsehen" kann.[6]) Dieses „Nachsichtsrecht" wurde als dem Regenten gebührend zurückgenommen.[7]) Den

---

[1]) G.B. 1803. §. 46.

[2]) Diese Fehler tadelt Mittermaier, Fortbildung I. p. 269.

[3]) Hye von Gluneck, das östreich. Strafgesetz p. 640.

[4]) Hye von Gluneck, d. östr. St.G. p. 629. Strafprozeßgesetz v. 17. Jan. 1851. §. 346.

[5]) §. 54. d. G. von 1852 fast gleichlautend mit §. 48 d. G.B. von 1803.

[6]) St.P.G. von 29/7 1853. §§. 311. 330. 340.

[7]) Hye, Strafprozeß p. 323.

Oberlandesgerichten sind nur mehr Arrest und niedere Freiheitsstrafen zur Disposition gestellt. Hier ist aber eine Milderung auch aus andern als gesetzlichen Gründen gestattet[1]), ein Beweis mehr für die Vermengung der Milderung und der Begnadigung. Fälle, in welchen eine das Milderungsrecht der untern Instanz überschreitende Aenderung der Strafe geboten erscheint, sind auch nach diesem Gesetz der höhern, also meist dem obersten Gerichtshof vorzulegen.[2])

Einführung der Schwurgerichte.

Zeigten die Gesetzgebungen schon bisher einen ziemlich buntscheckigen Particularismus, so wurde die Ungleichheit durch die Einführung der Schwurgerichte nur um so größer, indem das Strafänderungsrecht theils in die Hände der Geschworenen, theils in die der rechtsgelehrten Richter gelegt wurde. Da die allgemeinen Schärfungsgründe in den neueren Gesetzgebungen fast durchaus auf den Rückfall, ein rein rechtliches Verhältniß, beschränkt wurden, so kam allerdings nur die Strafmilderung in Frage. Hinsichtlich dieser herrscht aber wenig Uebereinstimmung, und es darf die Frage, ob wegen allgemeiner Milderungsgründe eine Frage an die Geschwornen zu stellen sei, als eine offene betrachtet werden. Zugelassen ist zwar die Stellung einer Frage auf allgemeine Milderungsgründe, soweit sie nicht auf rechtlichen Voraussetzungen beruhen, in den meisten Strafprozeßordnungen[3]), ausgeschlossen nur in der für Nassau und für Darmstadt.[4]) Durch die Voraussetzungen aber, an welche die Fragestellung zum Theil geknüpft wurde, sowie durch die Beschränkung der Wirksamkeit, welche der Erklärung der Geschwornen beigelegt wurde, machte man das den Geschwornen eingeräumte Recht wieder illusorisch. Beides gilt vorzüglich von der bayrischen Strafprozeßnovelle vom 10. November 1848 in Verbindung mit dem Gesetz vom 29. August 1848, durch dessen Art. 3 der Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit eingeführt wurde. Daß, wenn das Gesetz einmal den Geschwornen die Würdigung der die Strafbarkeit mildernden Umstände übertragen hat, es inconsequent ist, die Stellung einer Frage erst von der Erwägung des Assisenhofs, ob die Verhandlung Anhaltspunkte zu der Annahme des Milderungsgrundes biete, zu bedingen[5]) und so der Jury die Möglichkeit einer

---

[1]) Oestreich. Strafprozeßordnung vom 29. Juli 1853. §. 305.

[2]) Oestreich. Strafprozeß 1853. §§. 294 und 366.

[3]) Bayr. Gesetz vom 29. Aug. 1848. Art. 3 u. Gesetz v. 10. Nov. 1848. Art. 178. Würtemberg. Gesetz v. 14. Aug. 1849. Art. 158. Baden Gesetz v. 3. Febr. 1851. §. 90. Mayer, d. Strafverfahren im Großherzogthum Baden p. 170. Rev. Strafprozeßordnung für Hannover vom 5. April 1859. §. 194. Auch die Braunschweig. Strafprozeßordnung vom 22. Aug. 1849 gibt den Geschworenen die Entscheidung über das Vorhandensein der nach gesetzlicher Vorschrift eine Erhöhung oder Herabsetzung der angedrohten Strafe bewirkenden Gründe. Die allgemeine Milderungsbefugniß d. Art. 62 steht aber nur den Richtern zu. §. 140. Abs. 6 u. 7.

[4]) Strfpr. f. Nassau Art. 193, f. Darmstadt Art. 196.

[5]) Nach Art. 78 d. Ges. v. 10. Nov. 1848 war die gesetzliche Voraussetzung der Stellung einer Frage, „daß sich bei der Verhandlung Umstände

Erklärung abzuschneiden, bedarf wohl keiner nähern Ausführung. Die neuesten Gesetzgebungen haben sich daher auch im Sinne des französischen Rechts dahin entschieden, daß die Stellung einer Frage nicht verweigert werden darf, wenn das Vorhandensein eines solchen Umstandes ernstlich behauptet wurde.[1]) Eine unbestreitbare Inconsequenz ist es aber, durch die Geschwornen das Vorhandensein eines Milderungsgrundes constatiren zu lassen und das Gericht an die Erklärung nicht zu binden, eine Ansicht, die insbesondere in Bayern auf Grund der oben erwähnten Gesetze vom obersten Gerichtshof vertreten und auch in den Debatten über spätere Gesetzentwürfe festgehalten wurde.[2]) Man berief sich darauf, daß die Würdigung der Wirksamkeit solcher Milderungsgründe zur Ausmessung der Strafe gehöre und daher eine Funktion des Richters sei, der Jury dagegen lediglich die Constatirung von Thatsachen zustehe. Von dieser Ansicht ausgehend hätte man consequent sagen sollen, daß die Strafmilderung überhaupt zur Ausmessung der Strafe gehöre und daher dem Gerichtshofe erhalten bleiben müsse. Sowie die Controverse entschieden wurde, übertrug man unleugbar dem Gerichtshof die abermalige Prüfung über das Vorhandensein des von den Geschworenen bereits constatirten Milderungsgrundes. Dem Gerichtshof muß nun auch freistehen, der Erklärung der Jury gar kein Gewicht beizulegen, und diese würde nun, — wie in anderen Fällen theils mehr theils minder illusorisch —, in diesem Falle vollkommen überflüssig sein.[3]) Andererseits berief man sich auf die facultative Fassung des Art. 3 des Ges. vom 29. Aug. 1848. Hiernach solle das Gericht zur Herabsetzung „ermächtigt" sein.

---

ergeben, welche das Gesetz als Milderungsgründe anerkennt." Der Antrag des Vertheidigers auf Stellung einer solchen Frage konnte also, wenn der Präsident, in der zweiten Linie der Assisenhof, hiefür sprechende Thatsachen für nicht gegeben erachtete, verworfen werden. Daß dies die Praxis des Kassationshofes war, bestätigt doch die Erklärung des Justizministers Prot. d. Gesetzgebungsausschusses d. II. Kammer 18⁵⁷/₅₈. Bd. II. p. 206.

[1]) Code d'instruction criminelle 339. Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi, le président devra, à peine de nullité, poser la question ... Preußisches Gesetz v. 3. Mai 1852. Art. 84. Einführungsgesetz zum bayr. Strafgesetz v. 1861. Art. 22.

[2]) Es handelte sich um die geminderte Zurechnungsfähigkeit. Daß trotz der Constatirung derselben von Seiten der Geschworenen der Gerichtshof dennoch auf die gesetzliche Strafe erkennen könne, behauptet in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bd. V. p. 29 u. 314. Die gegentheilige Ansicht wurde vertreten von Walther in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. XXI. p. 465, deßgleichen im Bd. XXIV. p. 209.

[3]) Die Einwendung in der Zeitschrift Bd. V. p. 314 gegen die Walther'sche Deduction, daß die Erklärung der Jury überflüssig sei, wenn erst der Gerichtshof zu prüfen habe, ob die geminderte Zurechnung ein Minderungs- oder Milderungsgrund sei, ist nicht stichhaltig. Es wird dagegen eingewendet, eine Frage sei nothwendig, auch wenn der Umstand als Milderungsgrund nur in Betracht kommen könne! Da eben der Eintritt dieser Möglichkeit von der Erwägung des Gerichtshofs abhängt, so bleibt die Erklärung der Jury bei dieser Theorie überflüssig.

Es führt dieß auf eine schon frühzeitig in der Doktrin auftauchende Unterscheidung zurück, die sich auch in den neuesten Gesetzgebungen, sogar in der neuesten bayrischen von 1861 erhalten hat, und es wahrscheinlich macht, daß diese in der bayrischen Rechtspflege früher vielfach controvertirte Frage auch gegenwärtig noch praktische Bedeutung gewinnen kann und sich somit die eingehende Erörterung dieser Frage rechtfertigen würde.[1])

Es ist nämlich der Unterschied zwischen der Vorschrift der Milderung und der Ermächtigung zur Milderung oder, wie man ihn auch bezeichnete, zwischen den richterlichen und den gesetzlichen Milderungsgründen.

Richterliche u. gesetzliche Milderungsgründe.

Schon in der Doktrin der italienischen Praktiker kommt es vor, daß etwas bedenklich scheinende Milderungsgründe gleichsam mit der Entschuldigung zugelassen werden, daß der Richter bei diesen zur Herabsetzung der Strafe nicht verpflichtet sei. In diesem Sinne hätte das Gesetzbuch von 1813 gar keinen richterlichen Milderungsgrund, indem die Fassung bei allen eine imperative ist. Aufs Neue wurde diese Auffassung von Gönner in seinen Motiven zum Entwurf von 1822 mit Berufung auf die Entschuldigungsgründe (excuses) des französischen Rechtes vertreten. Diese seien im Gegensatz zu den allgemeinen Ermächtigungen gesetzliche Milderungsgründe.[2]) Sie unterscheiden sich aber dadurch, daß sie gesetzlich bestimmte, formulirte Gründe sind. Es beruht diese Unterscheidung offenbar auf einer Confundirung des richterlichen Ermessens mit der richterlichen Willkühr. In jedem Falle, sei die Fassung des Gesetzes imperativ oder facultativ, ist es Sache des Richters, zu prüfen, ob der die Milderung begründende Thatumstand gegeben. Findet er denselben begründet, so kann von keiner Ermächtigung mehr die Rede sein, sondern es ist die Verpflichtung zur Milderung ein nothweniges Korrelat sein Befugniß. Findet er ihn dagegen nicht begründet, so wird er, die Fassung des Gesetzes mag imperativ oder facultativ sein, von seiner Milderungsbefugniß eben keinen Gebrauch machen. Ein Unterschied liegt nur in der größern oder geringern Schwierigkeit der Erkennbarkeit der fraglichen Umstände, und, da manche, wie die Jugend und hohes Alter, die Reflexionsthätigkeit des Richters gar nicht in Anspruch nehmen, so ergibt sich bei solchen eine imperative Fassung ganz natürlich.

Die präjudizielle Frage ist aber die, ob die Würdigung der allgemeinen Milderungsgründe den Geschwornen oder den Richtern gebühre. Hierüber ist auch die Doktrin nicht einig.

---

[1]) So ist in dem württembergischen Gesetz von 1849 Art. 158 ausdrücklich eine Ausscheidung derjenigen Gründe, auf Grund welcher dem Richter eine Aenderung geboten, und jener getroffen, auf Grund welcher sie gestattet ist. Bayr. St.G. v. 1861 Art. 74 beim Milderungsgrunde des Schadensersatzes ist die Fassung im Gegensatz zu der bei den übrigen Milderungsgründen facultativ: „so sind die Gerichte befugt.“ Bei dem andern wurde die imperative Fassung gewählt, um die berührte Controverse abzuschneiden, s. unten.

[2]) Gönner, Motive zum Entwurf von 1822 p. 161.

Auszuscheiden sind jedenfalls von vornherein diejenigen Milderungsgründe, welche auf überwiegend rechtlichen Voraussetzungen beruhen, wie die langwierige Untersuchungshaft, Schadensersatz und dergleichen. Die Würdigung dieser ist Sache der Richter. Was aber die mit der Verschuldung in Zusammenhang stehenden, insbesondere den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung betrifft, so wird deren Würdigung den Geschwornen zuzuweisen sein. Die Stellung einer Frage will nun bezüglich solcher Umstände nur für solche Fälle zugelassen werden, in welchen ein solch mildernder Umstand das gesetzliche Merkmal einer besondern Unterart des in Rede stehenden Verbrechens bilde.[1]) Hier gehöre er zur Thatfrage, während die allgemeinen Milderungsgründe als zur Straffrage gehörig der Cognition der Geschwornen entzogen werden müßten.[2]) Diese Unterscheidung beruht also auf der Trennung der Competenz der Geschwornen und der Richtir nach der That- (Schuld-) und der Straffrage. Diese aber steht und fällt mit der Scheidung der Rechts- und der Thatfrage, von deren Undurchführbarkeit man sich neuerdings in Deutschland wie in Frankreich überzeugt hat.[3]) In dem allgemein adoptirten Systeme der relativen Strafen greifen die Richter in das Gebiet der Geschwornen über, indem sie die That würdigen missen; sobald die Geschwornen sich nicht blos über die objektive Existenz der That, sondern über die Schuld auszusprechen haben, üben sie nothwendig Einfluß auf die Ausmessung der Strafe.

Es ist daher eine Scheidung der Straf- und Thatfrage ebenso unmöglich als die der Rechts- und Thatfrage. Die Feststellung der beiderseitigen Competenz läßt sich aus diesem Prinzip nicht folgerichtig entwickeln, es wird vielmehr das Maßgebende die Art und Weise sein, in welcher ein gedeihliches Zusammenwirken am besten erreichbar scheint. Eine solche Feststellung wird immerhin etwas Willkührliches haben, der Jury wird aber jedenfalls das Recht, sich über die Verschuldung auszusprechen, gewahrt bleiben müssen. Die Entziehung dieser Be-

---

[1]) Wie z. B. bei Art. 5 u. 7 d. Gesetzes v. 29. August 1848. Körperverletzung mit nachfolgendem Tod, ohne, daß derselbe beabsichtigt war und Körperverletzung begangen in auffallendem Zorn.

[2]) Plank, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses p. 392. Walther, Lehrbuch des bayr. Strafprozesses p. 343. Hier allerdings nur als logische Konsequenz der den positiven Gesetzgebungen zu Grunde liegenden Trennung der Schuld und Straffrage postulirt. Kann aber die nothwendige Voraussetzung dieser Argumentation, nämlich, daß der Gesetzgeber sein System auf eine strenge Scheidung basiren wollte, als erwiesen angenommen werden, wenn er seiner Tendenz selbst nicht treu bleibt?

[3]) Walther, in der Kritischen Ueberschau ꝛc. IV. 328 ff. Journal du Palais 1861. Aus der Kritik von Beudants: de l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury; „L'organisation ne sera complète que si les magistrats et les jurés marcheront de concert vers un but commun, la constatation des crimes et la punition des coupables. Chacun apportera son contigent dans cette oeuvre commune, les uns leurs lumières juridiques, les autres leurs impressions indépendantes et exemptes de préjugés.

fugniß würde aber dem Institut selbst, wie es in Deutschland Eingang gefunden und sich ausgebildet hat, widersprechen. Es soll ja gerade die Aburtheilung durch Geschworene, welche nur periodisch eingerufen werden, mehr Garantien für die gerechte Beurtheilung als die durch rechtsgelehrte Richter, welche in Folge ihrer Bildung und der andauernden Beschäftigung an abstraktes Denken gewöhnt, im Verbrecher weniger den Menschen als das Objekt sähen. Läßt man auch das dahingestellt, so darf wohl behauptet werden, daß auch die politische Bedeutung, welches allein das Institut zu vertreten hat, eine wesentliche Einbuße erleiden würde, wenn die Geschworenen lediglich die objektive Existenz der That zu constatiren hätten.

Sind aber die Geschwornen die Richter der Schuld, so muß ihnen auch gestattet sein, sich über die größere oder geringere Verschuldung, consequent also auch über die die Schuld in der Weise modifizirenden Umstände, daß sie derselben einen wesentlich andern Charakter verleihen, auszusprechen. Eine Beschränkung auf die gewissermaßen eine Unterart des fraglichen Verbrechens bildenden mildernden Umstände kann schon deßwegen nicht stattfinden, weil sie ihrer Natur nach nicht von den allgemeinen mildernden Umständen unterschieden sind. Wie der Gang der Gesetzgebung, insbesondere der der bayrischen zeigt, wurden in der frühern Periode unter der Herrschaft der Idee, Alles durch das Gesetz zu bestimmen, aus mildernden und erschwerenden Umständen besondere Arten von Verbrechen gebildet, ohne daß sie zu den constitutiven Elementen des Verbrechensbegriffs gehört hätten.[1])

Wo nun den Geschwornen die Würdigung der Milderungsgründe übertragen wurde, kam es zu lebhaften Debatten darüber, ob ihnen nicht eine allgemeine Ermächtigung zur Erklärung mildernder Umstände, wie in Frankreich seit dem Jahr 1832 ertheilt werden solle.

Eine richtige Würdigung des sogenannten Systems der mildernden Umstände (circonstances atténuantes) ist nur möglich, wenn man auf ihre Einführung im französischen Recht zurückgeht.

Das System der mildernden Umstände.

In Frankreich waren die Strafen vor der Revolution arbiträr.[2]) Von diesem Extreme fiel der Code pénal von 1791 in das entgegengesetzte, indem er nur feste unveränderliche Strafen verhängte. Zugleich hob die Nationalversammlung das Begnadigungsrecht auf. Einen Ersatz für dasselbe sollte die dem Geschwornen ertheilte Ermächtigung, den Angeklagten für entschuldbar (excusable) zu erklären, bieten.

---

[1]) Das ist auch der Fall bei den für diese Ansicht geltend gemachten Art. 5 und 7 des Gesetzes vom 29. August 1848. Die Verübung „in auffallender Hitze des Zorns" begründet die Reduction auf die Hälfte des Minimums. Vergleiche oben p. 69 n. 1.

[2]) Boitard, Leçons sur le Code pénal et le Code d'instruction criminelle p. 190.

Hierauf erfolgte Freisprechung; es hatte also die Annahme solcher Entschuldigungsgründe (excuses) die Wirkung der Begnadigung. Eine eigentliche Strafmilderung war somit ausgeschlossen.[1])

Der Code vom 3. brumaire des Jahres IV. legte nun der von der Jury abgegebenen Erklärung über das Vorhandensein von Entschuldigungsgründen (excuses), welche der Angeschuldigte vorgeschützt hatte, strafmildernde Wirkung bei.[2])

Es wurde zwar auch schon damals streitig, ob der Assisenhof an die Erklärung der Jury gebunden und somit in Frage gestellt, wem die endgültige Entscheidung über diese Milderungsgründe zustehe, allein die Jurisprudenz wie die Praxis sprach sich überwiegend für das unverkümmerte Recht der Jury aus.[3]) Thatsache ist es somit, daß die Geschwornen durch die Constatirung von Entschuldigungsgründen ein Milderungsrecht ausübten; deßgleichen, daß diese Befugniß im umfangreichsten Maße gehandhabt wurde, da eben die Entschuldigungsgründe nicht bestimmt und durch das Gesetz definirt waren. Sie sind demnach das getreue Vorbild der mildernden Umstände (circonstances atténuantes), obwohl man bei deren Einführung nicht an jene dachte.

In Folge der gänzlichen Unbestimmtheit konnten alle erdenklichen Gründe vorgeschützt werden. In welchem Umfang dieß geschah und welcher Mißbrauch damit getrieben wurde, hiefür genügt zum Belege aus den von Merlin[4]) mitgetheilten Urtheilen eine Cassation aus dem Jahre IX. herauszugreifen, welche deßwegen erfolgte, weil der Gerichtshof eine Frage darauf gestellt hatte, ob der des Verbrechens des Mords Angeschuldigte entschuldbar sei, weil er den Mord in der Meinung, von dem Ermordeten behert zu sein, begangen habe.

Solche Extravaganzen führten zu der Beschränkung der Zulassung von Entschuldigungsgründen auf die ausdrücklich im Gesetze genannten. Nachdem sich schon der Cassationshof mehrmals in diesem Sinne geäußert hatte, wurde dieser Grundsatz durch den Art. 65 des Code pénal von 1810 sanctionirt.[5])

Hiernach ist eine Entschuldbarkeit oder eine Milderung nur in den ausdrücklich vom Gesetz bestimmten Fällen zuläßig. Die Ent-

---

[1]) Desjardins in der Revue de jurisprudence et de législation T. XIV. 1859 p. 523.

[2]) Art. 646. Lorsque le jury a déclaré, que le fait d'excuse proposée par l'accusé est prouvé, s'il s'agit d'un meurtre, le tribunal prononce ainsi qu'il est réglé par l'article. 9. Code pén. . . . S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal reduit la peine établie par la loi à une punition correctionelle, qui en aucun cas ne peut excéder deux années d'emprisonnement.

[3]) Merlin. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. T. XI. s. v. Excuses. p. 215. Seine eigene Ansicht war gegen die herrschende.

[4]) Merlin l. c. s. v. Excuses. — Er selbst schlägt Schwäche des Geschlechts, Talente, hohe Geburt und dergleichen zur Berücksichtigung vor.

[5]) Art. 65. Code pén. Nul crime ou délit ne peut être excusé ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où le droit déclare le fait excusable ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. Desjardins l. c. p. 525.

schuldbarkeit ist aber eine doppelte — sie kann die Schuld und folglich die Strafbarkeit aufheben oder sie kann die Schuld an und für sich fortbestehen lassen, die Strafbarkeit aber mindern. Die Entschuldigungsgründe theilen sich daher nach dem Code pénal in Strafausschließungs- und in Strafmilderungsgründe, excuses péremptoires, causes de justification, faits justificatifs einerseits, excuses atténuantes andererseits.[1])

Solcher gesetzlich bestimmter Milderungsgründe statuirt der Code pénal von 1810 nur sehr wenige: Aufreizung beim Todschlag und bei Körperverletzungen[2]), Angriff auf die Keuschheit beim Verbrechen der Entmannung[3]); ferner entschuldigt die Ertappung der Ehefrau auf dem Ehebruch in der ehelichen Behausung die Tödtung der Ehefrau und ihres Mitschuldigen[4]), deßgleichen sind Tödtung und Verwundung entschuldbar, wenn sie in der Abwehr gegen Einsteigen oder Einbruch in ein bewohntes Gemach und dergleichen während des Tags, verübt worden.[5]) Auch Jugend und hohes Alter werden hierunter angeführt.[6]) In allen diesen Fällen wird die Strafe bedeutend gemildert. Von dem Gesetz sind sie ausdrücklich als entschuldbar bezeichnet (excusables) und werden daher auch als eigentliche Entschuldigungsgründe von den uneigentlichen, als excuses proprement dites von den excuses improprement dites unterschieden.[7])

Der Code pénal enthält nämlich außer diesen noch eine Reihe von Fällen, in welchen die Strafe zum Theil herabgesetzt, zum Theil erlassen wird, ohne daß er sich hiebei des Ausdrucks excuse bedient. Solche sind z. B. Auftrag des Vorgesetzten bei Amtsverbrechen[8]), Denunziation der Mitschuldigen beim Verbrechen der Falschmünzerei und andere mehrere.[9])

In all diesen Fällen muß bei Strafe der Nichtigkeit außer der Schuldfrage nach Art. 339 des Code d'instruction criminelle eine besondere Frage auf das Vorhandensein des fraglichen Umstandes gestellt werden, wenn der Angeschuldigte denselben vorgeschützt hat. Vor der Revision von 1832 war es auf Grund einiger Entscheidungen des Cassationshofes streitig geworden, ob die Stellung einer Frage verweigert werden dürfe. Die Revision entschied jedoch der herrschenden

---

[1]) Morin. Dictionnaire du droit criminel. p. 307. Le Sellyer Traité du droit criminel. I. p. 445. die faits justificatifs wurden insbesondere in der früheren Jurisprudenz als excuses bezeichnet. Merlin l. c. sie sind nach Art. 64. 328 u. 329 Code pénal démence, force majeure und als spezielle Anwendung des letztern cas de légitime défense.

[2]) Code p. 321. 322.

[3]) Code p. 329.

[4]) Code p. 324.

[5]) C. p. 322. Wenn zur Nachtszeit straflos.

[6]) Le Sellyer p. 445. l. c. Dagegen Boitard l. c. p. 187. Morin, Dictionnaire . . . führt sie unter den excuses auf, Code pénal 67 und 70.

[7]) Boitard l. c. p. 199.

[8]) Code pén. 114.

[9]) Code pén. 138—143.

Ansicht gemäß gegen die berührten Entscheidungen.[1]) Eine neue Controverse entspann sich seitdem darüber, ob nicht die Staatsbehörde als Vertreterin aller Interessen die Entschuldigungsfrage beantragen dürfe, auch wenn sich der Angeschuldigte nicht darauf berufen. Mit Recht wurde dagegen geltend gemacht, daß eine solche das Geständniß der Schuld implicite enthaltende Frage gerade das Interesse des Angeschuldigten, der seine Schuldlosigkeit darthun will, empfindlich verletzen würde.[2])

Als die später im Art. 65 des Code pénal von 1810 fixirte Ansicht, daß nur auf die im Gesetze bestimmten Entschuldigungsgründe eine Berufung zuläßig sei, festen Boden gewonnen hatte, trat die Unhaltbarkeit eines Systems, das nur absolut bestimmte Strafen kannte, in voller Klarheit, die Härte des Gesetzes in ihrer ganzen Schärfe hervor. Die Jury belud ihr Gewissen lieber mit einem Meineid (pieux parjure), als daß sie durch ihren Ausspruch die Verhängung einer nach ihrer Ansicht die Verschuldung weit übersteigenden Strafe veranlaßte. Sie elidirte das Gesetz also in den meisten Fällen durch Freisprechung.[3])

Um der Gefahr der vollständigsten Gesetzlosigkeit zu begegnen, und in Folge der Einsicht von der Unhaltbarkeit absolut bestimmter Strafen, schlug man bei der Codifikation in den Jahren 1808 und 1810 den Weg ein, die Strafen durch ein Maximum und Minimum zu bestimmen. Die Annahme des Systems der relativ bestimmten Strafen allein konnte aber den Anforderungen, welche das allgemeine Rechtsgefühl an die Rechtspflege stellte, in keiner Weise genügen. Neben den relativ bestimmten Strafen wurde eine große Zahl von absoluten Strafbestimmungen beibehalten.[4]) Dieß war gerade bei den Strafen der Fall, bei welchen das Bedürfniß nach der Möglichkeit einer Milderung am lebhaftesten gefühlt wurde, nämlich bei Todesstrafe, Deportation und lebenslänglicher Zwangsarbeitsstrafe, welche außerdem auf dieselben Verbrechen wie im Code pénal von 1791 gesetzt waren.[5]) Der dem Richter bei den relativen Strafen gelassene Spielraum war ebenfalls zu beschränkt, da er nur ein zeitlich bestimmter ist und eine

---

[1]) Ein arrêt. v. 14. Jan. 1820 hatte als Prinzip aufgestellt, daß die question d'excuse nur gestellt werden dürfe, wenn der Gerichtshof hiefür Anhaltspunkte gegeben finde. Bei der Revision verworfen. Chauveau Code pénal progressif p. 9. 10.

[2]) Morin. Répertoire du droit criminel. t. II. s. v. Excuses. Le Sellyer l. c. n. 282—283. Dalloz, Dictionaire général t. III. s. v. Cour d'assises p. 425 der Ansicht, der Angeschuldigte müsse auch gegen sein Stillschweigen geschützt werden, weil nemo audiatur perire volens.

[3]) Boitard, l. c. p. 193. Le Sellyer l. c. p. 558. Morin, Répertoire général et raisonné s. v. Questions au jury t. II. p. 600 ff. Die Hand bot dazu die später aufgehobene question intentionelle, ob der Angeschuldigte die Intention gehabt, das Verbrechen zu begehen. Morin l. c. Merlin, Repert. s. v. Excuses.

[4]) Le Sellyer l. c. p. 559. Rauter, Traité théorique et pratique du droit criminel français. I. p. 111.

[5]) Chauveau Code pénal progressif. Einleitung VI.

Aenderung der Art der Strafe nicht gestattet. Außerdem ist der Code von 1810 unter der Herrschaft derselben Theorie wie der von 1791 entstanden, und sind die von der Tendenz der Abschreckung dictirten Strafbestimmungen des letztern zum größten Theile unverändert geblieben.[1])

Diese übertriebene Härte gerieth bald in Widerspruch mit dem Geiste der Zeit und dem Volksbewußtsein. Die Jury griff zu dem alten Mittel, harten Verurtheilungen zu begegnen, und sprach frei.[2]) Es erfolgten wieder die scandalösesten Freisprechungen, so daß eine Erweiterung des richterlichen Ermessens dringend geboten schien. Man glaubte nun ein richtiges Auskunftsmittel in der Uebertragung des durch Art. 463 des Code pénal von 1810 den Zuchtpolizeigerichten eingeräumten Milderungsrechtes[3]) auf Verbrechen gefunden zu haben, eine Erweiterung, die schon bei den Debatten von 1810 vorgeschlagen wurde. 1814 wurde sogar ein Antrag hierauf an den Staatsrath gebracht, kam aber in Folge der politischen Ereignisse wieder außer Gesicht.[4])

Gesetz vom 25. Juni 1824.

Durch Gesetz vom 25. Juni 1824 wurde nun dem Assisenhof bei einigen Verbrechen die Ermächtigung ertheilt, die gesetzliche Strafe bis auf ein bestimmtes Maß herabzusetzen.

Das Gesetz befriedigte aus zwei Gründen nicht: 1) weil es eine Milderungsbefugniß nur in sehr wenigen Fällen[5]) ertheilte und 2) weil diese Ermächtigung dem Assisenhof und nicht der Jury zugetheilt wurde. Dieß war eine Verletzung der Grundidee des französischen Geschworneninstituts, dessen Prinzip zunächst auf der Scheidung der Richter des Rechts und der That[6]) beruht. Dagegen erhob sich auch von Seiten der französischen Jurisprudenz, die von jeher an der Ansicht festgehalten hat, daß die Jury alle die Schuld berührenden Momente zu würdigen habe, lebhafte Opposition. Dazu kam, daß die Geschwornen, abgesehen davon, daß sie oft die Fälle, in welchen eine solche Herabsetzung gestattet war, nicht kannten, auch wenn ihnen dieselben bekannt waren, keineswegs die Ueberzeugung gewinnen konnten, ob der Gerichtshof, wenn sie eine Milderung der Strafe für noth-

---

[1]) Chauveau, Adolphe et Faustin Hélie. Théorie du Code pénal. I. p. 28.

[2]) Chauveau, Code pén. progressif X. Hélie, Traité de l'instruction criminelle t. VIII. p. 223.

[3]) Art. 463 C. pén. ermächtigt die Zuchtpolizeigerichte für den Fall, daß mildernde Umstände vorhanden und der Schaden 25 Francs nicht übersteigt, in Fällen, auf welche Gefängniß- oder Geldstrafe gesetzt ist, unter das Minimum der gesetzlich zulässigen Strafe herabzugehen, dem Gefängniß eine Geldstrafe zu substituiren oder wo das Gesetz beide cumulativ verhängt, alternativ zu verfügen.

[4]) Carnot. Commentaire sur le Code pénal t. II. p. 477.

[5]) Kindsmord Art. 5, absichtliche Körperverletzung mit Arbeitsunfähigkeit über 20 Tage. Art. 7 und 9 eine Milderung der auf unter erschwerenden Umständen begangenen Diebstähle gesetzten Strafe. Ausgeschlossen war jedoch die Milderung bei récidive, mendicité, vagabondage. Morin, Dictionnaire du droit criminel. s. v. Circonstances atténuantes. 156—159.

[6]) Der That im weiteren Sinne = Schuld.

wendig hielten, diese Ansicht theile.[1]) Die Erfahrung bestätigte auch bald die Prophezeiungen derjenigen, welche dem Gesetze von vorneherein die Lebensfähigkeit abgesprochen hatten[2]), indem der frühere Zustand, dem es hätte abhelfen sollen, wieder eintrat. Die willkührlichsten Freisprechungen drohten aufs Neue die vollständige Auflösung einer geordneten Rechtspflege. Die Ueberzeugung, daß nur durch eine vollständige Revision der Strafbestimmungen des Code pénal gründlich Revision von 1832.
abgeholfen werden könne, war wohl eine allgemein getheilte; allein zu einem so umfassenden Unternehmen fehlte im Jahre 1832 die nöthige Muße.[3]) Man mußte sich daher damit begnügen, den bisherigen Uebelständen in einer am meisten Erfolg versprechenden Weise abzuhelfen. Das Mittel bot sich nun darin dar, daß man dem Art. 463 eine Fassung gab, wodurch den Geschwornen nunmehr die Befugniß ertheilt wurde, in allen criminellen im Code pénal vorgesehenen Fällen das Vorhandensein mildernder Umstände zu erklären, auf welche Erklärung hin der Assisenhof zur Herabsetzung der Strafe um einen Grad verpflichtet, zur Herabsetzung um zwei Grade ermächtigt sein solle.[4]) Durch diese Erweiterung der Befugnisse der Jury sollte sie aus der fatalen Situation gerissen werden, in welche sie die Härte des Gesetzes versetzt hatte, zwischen einer Lüge oder einer ihr Gerechtigkeitsgefühl verletzenden Schulderklärung wählen zu müssen. Aber nicht bloß der Härte der Strafbestimmungen sollte das Milderungsrecht der Geschwornen abhelfen, sondern auch die Schwierigkeiten, welche sich aus allgemeinen Grundsätzen des Code pénal ergeben, sollten durch die Annahme der mildernden Umstände ihre Lösung finden und die Forderungen der französischen Doktrin, welche schon damals nicht mehr damit einverstanden war, befriedigt werden. Insbesondere gilt dieß von der Gleichstellung der Strafbarkeit des Versuchs mit der Vollendung, der Theorie des Code pénal von der Theilnahme und vom Rückfall und von der Frage über die Beibehaltung der Todesstrafe.[5]) Von

[1]) Boitard l. c. p. 197.

[2]) Man verlangte schon damals eine Ausdehnung auf alle Verbrechen und die Uebertragung der Erklärung an die Geschworenen. Collard, du système des circonstances atténuantes p. 27. 28.

[3]) Chauveau, Code pénal progressif XIV.

[4]) Art. 463. C. pén. nach der Revision des Ges. v. 1832. Anstatt der Todesstrafe — lebenslängliche oder zeitwierige Zwangsarbeit. An Stelle der lebenslänglichen Zwangsarbeit — zeitwierige oder Reclusion. An Stelle der Deportation — Detention oder Verbannung. Anstatt der zeitwierigen Zwangsarbeit — Reclusion oder Gefängniß. Wo das Maximum einer peinlichen Strafe (peine afflictive) ausgesprochen, wendet der Gerichtshof das Minimum oder die nächst niedrige an. Im Gegensatz zum Ges. v. 1824 ist die Anwendung des Art. 463 durch den Rückfall nicht ausgeschlossen.

[5]) Ausführlich verbreitete sich hierüber der Berichterstatter der Deputirtenkammer — mitgetheilt in Chauveau, Code pénal progressif p. 20. Der Rückfall zeige nicht immer einen Fortschritt der Immoralität, die Theilnahme sei verschieden in ihren Formen, sei nicht immer dem Hauptverbrechen gleichzustellen, das werde aber durch die circonstances atténuantes ausgeglichen

Anfang an wurde der Reform des Jahres 1832 in Frankreich kein günstiges Prognostikon gestellt. Mit der Uebertragung der Erklärung der mildernden Umstände an die Geschwornen war man zwar — als der Auffassung der französischen Jurisprudenzen von dem Beruf der Geschwornen als Richter der Schuld entsprechend — einverstanden. Dagegen wurde dem System der Vorwurf der Vermengung des Prinzips der Trennung der Richter des Rechts und der That gemacht, weil einerseits die Geschwornen in Folge der Gebundenheit der Richter an ihre Erklärung Einfluß auf die Ausmessung übten, andererseits doch wieder den Richtern in Folge der Befugniß zur Herabsetzung um zwei Grade die Cognition der mildernden Umstände überlassen sei.[1]) Da aber eine consequente Durchführung dieses Prinzips schon durch das System der relativ bestimmten Strafen eine Unmöglichkeit geworden, so ist dieser Einwurf von geringerer Bedeutung.

Man befürchtete aber, daß die Jury, durch einen falschen Hang zur Humanität verleitet, diese Erklärung zur Regel machen und hierunter die Repression leiden werde, sowie daß sich die Vertheidigung wegen der Unbestimmtheit der mildernden Umstände aller möglichen Scheingründe bedienen werde.[2]) Der Gefahr einer zu häufigen Anwendung glaubte man sowohl durch das Erforderniß einer Majorität von mehr als 7 Stimmen, wornach mindestens 4 von den verurtheilenden für die mildernden Umstände stimmen mußten[3]), als auch dadurch zu begegnen, daß man keine direkte Frage an die Geschworenen vorschrieb. Nach Art. 341 Code d'instuction criminelle hat der Präsident die Geschwornen bloß darauf aufmerksam zu machen, daß ihnen die Befugniß zustehe, das Vorhandensein mildernder Umstände zu erklären.[4]) Eine direkte Frage würde auch eine Antwort erfordern, eine bejahende oder verneinende. Zwänge man nun die Jury, sich hieüber bestimmt auszusprechen, so würde, wie man befürchtete, ihre Milde provocirt. Man traute der Jury nicht so viel Gewissenhaftig-

---

gleichgestellt habe: quoique dans l'opinion commune la gravité d'un crime se mésure en partie aux resultats qu'il a produits.

[1]) Chauveau, Code pénal progressif p. 23. Es war auch das Amendement gestellt worden, die Richter sollten zur Herabsetzung nur „ermächtigt" werden.

[2]) Chauveau l. c. p. 29. 35.

[3]) Der Calcul ist der: Es stehen 8 Verurtheilende 4 Freisprechenden gegenüber. Von letzteren darf wohl angenommen werden, daß sie sich auch für die Milderungsgründe erklären; es sind daher noch 4 Stimmen von den verurtheilenden zur Bildung der verlangten Majorität nöthig. Nach Gesetz vom 10. Juni 1853 ist jedoch nur mehr einfache Majorität gefordert. Tripier's Ausgabe des Code d'instr. crim. Note zu Art. 341.

[4]) Chauveau, Code pénal progressif 21. 32. Code d'instruction criminelle. a. 341 . . . le président . . . avertira le jury, à peine de nullité, que s'il pense, à la majorité de, plus de sept voix, qu'il existe en faveur d'un ou de plusieurs accusés reconnus coupables, des circonstances atténuantes, il devra en faire la déclaration en ces termes: „A la majorité de plus de sept voix il y a des circonstances atténuantes . . . dagegen hat der Obmann der Jury (le chef du jury) die Frage vorzulegen. Art. VI. des Ges. v. 28. April 1832. Code d'instr. crim. 345.

keit und moralischen Muth zu, gegebenen Falls ein entschiedenes Nein auszusprechen und erließ daher die erwähnte Bestimmung, die ein das Institut herabwürdigendes Mißtrauen bekundet.

Ob nun die von Anfang an gegen das System geäußerten Besorgnisse gegründet waren, überhaupt welchen Gebrauch die Jury von den mildernden Umständen gemacht habe, hierüber sind die Stimmen sehr getheilt. Von der einen Seite wird behauptet, es sei, wie man befürchtet, die Ausnahme Regel geworden, die Jury habe einen unmäßigen Gebrauch gemacht, hiedurch habe die Repression gelitten und hiedurch hätten sich die Verbrechen und insbesondere die Rückfälle außerordentlich vermehrt.[1] Von anderer Seite wird dagegen eingewendet, der Einfluß des Systems sei ein wohlthätiger gewesen, denn es habe sich die Zahl der Verurtheilungen gemehrt, die Repression, bei der es überhaupt weniger auf die Schwere der Strafe als auf die Sicherheit der Verhängung derselben ankomme, habe nicht gelitten, denn die Zunahme der Zahl der Verbrechen sei der Mehrung der Bevölkerung und der bessern Ausbildung der Polizei, welche die Entdeckung der Verbrechen mehr als früher ermögliche, zuzuschreiben. Ein weiterer Vortheil sei die gewissenhaftere Würdigung der Anschuldigungen, die nicht mehr wie früher durch die Beseitigung der erschwerenden Umstände verstümmelt würden.[2] Ein weiterer Beweis endlich, daß die Jury ihre Befugniß nicht mißbraucht habe, seien die vielen Fälle, in welchen sich der Assisenhof durch Minderung um zwei Grade der Ansicht der Jury angeschlossen.

Von beiden Seiten wird mit den statistischen Tabellen des Justizministeriums operirt. Die bloßen Zahlen lassen aber doch manchen Zweifel ungehoben. Die Mehrung der Zahl der Verurtheilungen ist noch kein Beweis dafür, daß die Jury ihre Pflicht gethan. Es ist hiemit noch durchaus nicht dargethan, daß die Annahme mildernder Umstände in den Fällen, in welchen sie stattfand, gerechtfertigt war, und es ist, wie Collard sagt, ebenso vom Uebel, wenn in der Annahme von mildernden Umständen, wo in der That keine begründet sind, als wie wenn durch ungerechte Freisprechungen gelogen wird. Nur die Erfahrung kann hierüber befriedigende Aufschlüsse geben, und wenn man sich auf diese beruft, wie Mittermaier zur Rechtfertigung des Systems auf die eines Hélie[3]), so kann man ihr die eines Collard gegenüberstellen.

---

[1]) Collard, Du système des circonstances atténuantes. p. 37. 38. 66. 69. 59. 81.

[2]) Hélie, Traité de l'instruction criminelle VIII. 109 ff. s. in der Revue de jurisprudence etc. 1843. p. 99—108 und in der Revue etc. 1847. p. 437 ff.

[3]) Mittermaier gibt in seiner Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I. 1841 p. 112 ff. u. 1843 p. 252 den Grundfehler, daß man den Geschworenen die Correktur des Gesetzes überlassen habe, zu, im Archiv für Kriminalrecht 1852 p. 167, dagegen und in seiner Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung p. 590—592 tadelt er die Opposition gegen das System mit Berufung auf die Autorität Hélie's und

Jedoch angenommen, daß die erwähnten Vorwürfe und Einwendungen vollständig widerlegt sind, und daß die Ergebnisse wirklich so günstig waren, wie sie u. A. Hélie darstellt, so hat man sich dennoch ganz mit Unrecht in Deutschland darauf berufen. All das Lob, das dem System gespendet wird, ist eben nur ein bedingtes, ist nur eine Vertheidigung gegen die maßlosen und zum Theil wirklich ungerechten Angriffe, welche es zu erfahren hatte.

Keineswegs sehen selbst seine besten Freunde darin den einzig möglichen Weg, welcher der Gesetzgebung von 1832 offen gestanden, noch viel weniger empfehlen sie es als ein System, das in der Weise wie es jetzt besteht, für die Zukunft aufrecht erhalten werden solle, als ein System, in dem die Gesetzgebung hinsichtlich der Strafänderung die glücklichste Lösung gefunden habe. Nach allen „Für und Wider“ wird nämlich von beiden Seiten zugestanden, daß der Grundfehler des Systems darin beruhe, daß den Geschworenen die Korrektur des Gesetzes hiedurch übertragen wurde, während ein solches Aenderungsrecht nur als Ergänzung des Gesetzes für ganz außerordentliche Fälle gestattet werden dürfe und solle.

Als Grundbedingung der befriedigenden Lösung des Problems wird die Revision sämmtlicher Strafbestimmungen des Code pénal aufgestellt. Die bei den relativen Strafen gelassene Latitude soll erweitert, die Eintheilungen der Verbrechen vermehrt und besser abgestuft werden.[1]) Der Wirkung der Erklärung der mildernden Umstände könnten und müßten dann engere Grenzen gezogen werden.[2]) Selbst Hélie will nur die gesetzlich bestimmte Dauer überschritten, die Natur der Strafe nicht geändert wissen.[3]) Endlich wird die Unbestimmtheit der mildernden Umstände allgemein verworfen. Diese Unbestimmtheit erregte schon im Jahre 1832 Besorgnisse, weil eine Berücksichtigung aller erdenklichen Umstände in Aussicht stand[4]), was in der That auch eingetroffen zu sein scheint. Von der Jurisprudenz wurde zwar von jeher der Grundsatz festgehalten, daß nur die Verschuldung berührende Umstände in Berücksichtigung kommen sollten, daß eine Rücksichtnahme auf andere als diese ein Eingriff in das Begnadigungsrecht sei. Man verhehlt sich aber ebensowenig, daß sich die Praxis hieran nicht hält und daß sowohl im Plaidoyer als in den Résumés der Präsidenten Gründe hervorgehoben werden, welche mit der Verschuldung nicht entfernt im Zusammenhang stehen.[5]) Es mag daher auch der

---

[1]) Collard l. c. 102. 103. Chauveau, Code pénal progressif XIV. u. p. 36. La première réforme . . . était donc d'augmenter d'abord les classifications dans les quelles tous les délits sont rangés . . . Deßgleichen Hélie in der Révue de législ. etc. 1843. p. 119 ff.

[2]) Collard l. c. p. 69 u. 97 will die Zutheilung an die Richter oder (p. 100) diese nicht gebunden wissen.

[3]) Hélie l. c. 116. 117.

[4]) Chauveau, C. pén. progressif p. 29.

[5]) Collard l. c. p. 94, der insbesondere aus diesem Grunde Zutheilung an die Richter will. Chauveau, Code pénal progressif l. c. Auch Morin.

Vorwurf Collards nicht ohne Grund sein, daß die Würde der Staatsbehörde unter dem System leide, weil der Vertreter derselben, wie er aus seiner eigenen Amtsthätigkeit bezeugen könne, bei jedem Falle erst darthun müsse, daß der Angeschuldigte kein Recht auf die Annahme mildernder Umstände habe, weil er alte Eltern oder kleine Kinder habe, weil er sich begnügt habe, zu stehlen und nicht gemordet habe u. s. w.[1])

Man verlangt daher allgemein eine möglichste Formulirung der mildernden Umstände durch die Gesetzgebung, welche den Weg einschlagen soll, den die deutsche verlassen sollte.

Die französische Jurisprudenz fühlt aber das Bedürfniß, sich mit Forschungen über die Grundsätze der Strafänderung und Strafzumessung zu beschäftigen. Die einzelnen Gründe werden aus den Grundsätzen über die Strafbarkeit überhaupt entnommen und sind nach diesen wieder sehr verschieden.[2]) Zum Theil geht man auf die alten Doktoren, insbesondere auf Farinacius und Tiraquellus, der hier wieder zu Ehren kömmt, zurück. Die von ihnen aufgestellten Gründe werden ohne historische Prüfung hingenommen und mit den eigenen Ansichten, die man sich über die Strafbarkeit gebildet, verglichen. Einen seltsamen Eindruck macht es allerdings, in der Revue de législation des Jahres 1858 auf eine Abhandlung zu stoßen, die an die Behandlungsweise Carpzovs erinnert.[3])

Dictionnaire du droit crim. p. 157 sagt, die Erfahrung habe diesen Mangel bedauern lassen. Le Sellyer l. c. I. 291—293.

[1]) Collard l. c. p. 68.

[2]) Rauter, Traité théorique . . I. n. 260 leitet die Milderungsgründe ab aus der Freiheit des Willens, aus dem Lebenswandel nach der Handlung, aus der physischen Beschaffenheit bezüglich der Einwirkung, welche die Strafe auf den Verbrecher machen würde.

[3]) Revue de législation . . . t. XIII. p. 305—345. Tissot des circonstances taut aggravantes qu'atténuantes. Zum Beleg, daß mit der obigen Bemerkung dem Verfasser nicht Unrecht gethan, Folgendes: p. 308 und 311 führt er als Milderungsgrund aus: „s'il est denoncé ou livré par ceux que la nature devrait porter à le secourir dans son infortune gestützt auf die oblatio filii per patrem. 313. L'exposition, la peine de mort nous semblent aussi abusives contre les femmes. 314. Le mérite intrinsèque d'un individu, son mérite rélatif, les services rendues à sa famille, à son pays, ceux q'on peut attendre, sont aussi des raisons qui parlent en faveur (de l'accusé). 320 discutirt er die Gleichstellung der lata culpa mit dem Dolus. 329. Die Römer hätten 7 Klassen von Milderungs- und Erschwerungsgründen unterschieden nach res, locus, tempus, persona etc. nos anciens criminalistes ont marché sur les traces des jurisconsultes romains. Tiraqueau a fait un traité remarquable sur la matière."

Die neuesten deutschen Gesetzgebungen.

Das System der mildernden Umstände fand in Deutschland enthusiasmirtere Verehrer, als es sich deren je in Frankreich zu rühmen hatte. In Opposition mit den Regierungen wurde es bei den Debatten über die Entwürfe zu neuen Strafgesetzen in Anspruch genommen. Man ging in der Ueberschätzung desselben soweit, nicht für außerordentliche Fälle Vorsorge tragen, sondern ganz allgemein das Strafgesetz in der Praxis dadurch rectifiziren zu wollen.

Dennoch fand es nirgends vollständige Aufnahme.

Am reinsten drang es noch durch in dem bayrischen Gesetz vom 17. März 1850 zum Schutz gegen den Mißbrauch der Presse. Nach Art. 54 dieses Gesetzes muß nämlich in allen Preßverbrechen und Vergehen bei Strafe der Nichtigkeit an die Geschwornen die Frage gestellt werden, ob mildernde Gründe vorhanden. Wird sie bejaht, so darf bei der Ausmessung der Strafe die Hälfte des höchsten Strafmaßes nicht überschritten werden. Das Gericht ist in diesem Fall, wenn es sich um ein Vergehen handelt, auch befugt, unter das geringste Maß herabzugehen und, wo durch Gesetz Freiheitsstrafe und Geldbuße in Verbindung angedroht sind, nur auf die eine oder die andere dieser Strafen zu erkennen. Der hauptsächlichste Unterschied vom System des französischen Rechts besteht demnach in der verhältnißmäßig geringern Minderung, abgesehen davon, daß die Anwendbarkeit des Art. 463 des Code pénal auf Preßdelicte sehr bestritten ist.[1])

In Preußen hatte man noch bis zum Entwurf von 1843 an der üblichen Doktrin festgehalten, indem noch in diesem Entwurf eine Reihe von Zumessungs- und Milderungsgründen aufgestellt wurden. Erst der Entwurf von 1845 ging davon ab. „Nach dem Vorgang des Code pénal sei es zuläßig, den Richter selbst das Thatsächliche eruiren zu lassen.“[2]) Im Gesetz von 1851 näherte man sich dem System der circonstances atténuantes, indem man auf die Feststellung

---

[1]) Art. 341 des Code d'instr. crim., der das System der circ. att. behandelt, beginnt mit den Worten: „en toute matière criminelle.“ Auf Grund dieses Ausdrucks bestritt man die Anwendbarkeit des Art. 463 auch auf Preß- und politische Vergehen. 1832 wurde deshalb auch ein Amendement auf Erweiterung gestellt. Dasselbe fiel, weil man eine jedesmalige Reduction auf einfache Polizeistrafe nicht wollte. Chauveau, Code pén. progr. p. 24. Art. 463 wäre hiedurch beseitigt gewesen, weil die Richter bei correctionellen Strafen an die Herabsetzung nicht gebunden sind. Dieß wäre der Fall bei einer Erweiterung des Art. 341, weil hiernach die Geschworenen darüber zu entscheiden hätten. Gegen die Anwendbarkeit Le Sellyer, Traité I. 299—302. Dafür Rauter l. c. I. n. 83. Morin, Dictionnaire s. v. Circonst. atténuantes. Dalloz, Repertoire . . . II. p. 281.

[2]) Goltdammer, Materialien zum Preußischen Strafrecht. Bd. I. 399. Beseler, Kommentar zum Strafgesetz für die Preußischen Staaten und zum Einführungsgesetz p. 29.

bestimmter Milderungsgründe verzichtete und die Erklärung des Vorhandenseins mildernder Umstände den Geschworenen übertrug.

Nach Art. 24 des Einführungsgesetzes muß nämlich an dieselben eine Frage über das Vorhandensein mildernder Umstände gestellt werden. Abweichend vom französischen Gesetz ist jedoch die Erklärung nicht allgemein, sondern nur in den vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen gestattet z. B. bei Hochverrath, Art. 63—66, bei Körperverletzung wegen Reiz und anderer mildernder Umstände u. s. w. §. 190. Diese Beschränkung auf einzelne Verbrechen ist — an und für sich inconsequent — um so weniger zu rechtfertigen, als sich kein festes Prinzip entdecken läßt, wornach diese Ausscheidung geschehen wäre.[1] Welche Gründe aber unter diesen mildernden Umständen zu begreifen sind, hierüber ist man in Preußen nicht einig. Nach früherer Ansicht wären zunächst die bei dem einzelnen Verbrechen in Anschlag kommenden in's Auge zu fassen. Es wurde daher sogar die Frage aufgeworfen, ob an die Geschwornen nicht jedesmal statt der allgemeinen Frage eine besondere auf diejenigen Thatsachen zu richten sei, welche nach der Natur des fraglichen Verbrechens eine Milderung zu begründen geeignet wären. Dagegen wurde aber eingewendet, daß wegen der Fragestellung die Erklärung factisch in die Hände der Richter gegeben würde. Wo aber das Gesetzbuch selbst gewisse Milderungsgründe berücksichtige oder gar besonders hervorhebe, wie den Reiz bei der Körperverletzung, solle die Frage auf diese bestimmten Umstände gerichtet werden.[2] Neuerdings hat sich aber eine dieser Ansicht diametral entgegengesetzte geltend gemacht. Hiernach muß die Natur der mildernden Umstände des preußischen Strafrechts aus der ihres Vorbildes, der circonstances atténuantes, erklärt werden. Wie diese beziehen sie sich überhaupt auf die Strafbarkeit im Allgemeinen, wie diese „machen sie für den vorliegenden einzelnen Fall den Richter der That zum Richter darüber, ob nach der Eigenthümlichkeit des Falls das die Regel bildende Strafgesetz noch richtig sei"[3]), übertragen also in gewisser Beziehung den Geschwornen die Korrektur des Gesetzes. Demgemäß beziehen sich diese mildernden Umstände nicht bloß auf die der That vorhergehenden oder sie begleitenden Umstände, sondern ebenso auch auf Umstände, die nach der Verübung der That eingetreten.

Dieser Ansicht hat sich das Plenum des Straffenats zu Berlin

---

[1]) Beseler, Kommentar p. 34 versucht eine derartige Nachweisung. Mittermaier im Archiv für Kriminalrecht 1852 p. 177. 178 sagt dagegen, er habe sich aus eigener Prüfung überzeugt, daß die Ausscheidung höchst willkührlich sei. Hier wie in Goltdammers Archiv für das Preußische Kriminalrecht Bd. VII. p. 21 tadelt er diese Beschränkung scharf, deßgleichen den Ausschluß des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung, insbesondere nachtheilig wegen der geringen Berücksichtigung der Jugend und der Gleichstellung des Versuchs mit der Vollendung. Deßgleichen getadelt von Köstlin, System p. 612.

[2]) Goltdammer, Materialien z. Preußischen Strafrecht Th. I. p 43.

[3]) Goltdammer, Archiv ... Bd. V. p. 329

dadurch angeschlossen, daß es eine Fragestellung in der Fassung, ob mildernde Umstände „bei Verübung der That“ oder in Beziehung auf die That festgestellt würden, als eine Beschränkung des den Geschwornen durch Art. 24 des Einführungsgesetzes und Art. 84 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 eingeräumten Rechtes als unzulässig erklärte.[1]) Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich darauf, daß die Motive zum französischen Gesetz 1852 ausdrücklich solche erst nach der That eingetretene Umstände namhaft machen; das ist allerdings der Fall, weil eben derartige Umstände, wie z. B. Reue nach der Ansicht der französischen Jurisprudenz die Strafbarkeit mindern, während hiedurch der in der deutschen Doktrin prinzipiell feststehende Satz, daß die That das Maß der Schuld und der Strafbarkeit ist, hiedurch umgestoßen wird. In der That hat die preußische Jurisprudenz hier aus der Zurechnungslehre der französischen geschöpft; was aber aus dieser zu gewinnen ist, wurde oben angedeutet.

Die Feststellung mildernder Umstände verpflichtet den Richter die Strafe um einen Grad — also mit Uebergang in eine andere Gattung — herabzusetzen. In Folge dessen tritt an Stelle der Todes- und lebenslänglichen Zuchthausstrafe Einschließung[2]), in den übrigen Fällen dagegen sinkt die Strafe auf Gefängniß herab.[3]) Bei Vergehen ist entweder die Herabsetzung der gesetzlichen Strafe gestattet, oder es tritt an die Stelle der Gefängnißstrafe Geldbuße.[4]) Bemerkenswerth ist noch, daß auch die Richter in den zu ihrer Cognition gehörigen Fällen die Annahme mildernder Umstände mit dem formell „Wird festgestellt, daß mildernde Umstände vorhanden“ zu constatiren verpflichtet sind. Das preußische System der mildernden Umstände hat daher mit dem französischen System nur die Unbestimmtheit und die Feststellung durch die Geschwornen gemein und unterscheidet sich von den excuses durch die Allgemeinheit der Natur dieser Gründe, von den constances atténuantes durch die Beschränkung auf einzene Delicte.

Am unberechtigtsten war aber die Art und Weise, in welcher der Gesetzgebungsausschuß der bayrischen II. Kammer das System der mildernden Umstände in Anwendung gebracht wissen wollte. Nicht als Ergänzung mit Sorgfalt abgewogener Strafbestimmungen für außerordentliche, wirklich unvorhersehbare Combinationen der Schuld, wurde es gewünscht, sondern man glaubte, es gewissermaßen als Regulator in das neue Gesetzgebungswerk einsetzen und im Vertrauen auf die alles ausgleichende Macht desselben, es mit dem Ausbau desselben weniger genau nehmen zu können. Wie sehr man bei einer solchen Ten-

[1]) Goltdammer, Archiv für das Preußische Kriminalrecht Bd. V. p. 224. 226 ff. 230.

[2]) Strafgesetz für Preußen 1851. §§. 63. 64. 65. 66. 68. 74. 76. 78.

[3]) Strafg. 1851. 109. 110. 238. 259. 200. 310. 321.

[4]) Das. §§. 187. 281. 102. 156 ꝛc.

denz von der französischen Jurisprudenz entfernt war, braucht nach der obigen Erörterung nicht besonders hervorgehoben zu werden. Daß man in Folge der Ueberschätzung des Systems der mildernden Umstände von einer ganz andern Auffassung von der gesetzgeberischen Aufgabe ausging, zeigt sich darin, daß der Gesetzgebungsausschuß der Kammer der Abgeordneten, nachdem das System an dem beharrlichen Widerstande der Regierung gescheitert war, eine abermalige Revision der Strafmaße für nothwendig hielt.[1]) Die Regierung hatte sich von Anfang an mit Entschiedenheit gegen die Annahme des Systems der mildernden Umstände erklärt. Die frühern Entwürfe von 1851 und 1853 stehen auch noch insofern auf dem Standpunkt der bisherigen Doktrin, als sie besondere Hauptstücke über die Zumessung enthalten.[2]) Jedoch begnügen sie sich damit, dem Richter nur eine Andeutung zu geben, nach welchen Rücksichten die Strafe auszumessen sei. Das Milderungsrecht ist in ihnen allerdings nur in beschränkter Weise zugelassen, indem nur Jugend und geminderte Zurechnung — und diese wieder nur sehr beschränkt — als Milderungsgründe zugelassen sind.[3]) Dem richterlichen Ermessen sollte aber durch die Aufstellung weiter Spatien (Zuchthaus von 5—20 Jahren) Genüge gethan werden. Im Uebrigen ist auf den Offizialantrag zur Begnadigung hingewiesen.

In den Motiven zu den Entwürfen sowie bei andern Gelegenheiten wurde das System der mildernden Umstände mit der Hinweisung darauf abgelehnt, daß bei einer neuen Gesetzgebung kein Bedürfniß zu einem solchen Nothbehelf vorhanden sei und durch das System die Strafausmessung sowie das Begnadigungsrecht an die Geschwornen übertragen würde.[4]) Letzteres hat allerdings insofern seine Begründung, als bei einer allgemeinen Ermächtigung durchaus keine Garantie gegeben ist, welche Gründe von den Geschwornen berücksichtigt werden. Einwürfe, welche dagegen gemacht wurden, wie die, daß sich die Geschwornen auch an bestimmte Milderungsgründe nicht halten würden,

---

[1]) Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses d. Kammer der Abgeordneten 18$^{59}/_{60}$ Beil.Bd. II. Beil. H. p. 166 Nach dem Vortrag des Referenten Dr. Weis, worin er eine Einleitung zum besondern Theil des Entw. gibt, arbeiteten die Referenten über die einzelnen Hauptstücke ihre Vorträge lediglich unter der Voraussetzung der Annahme der mildernden Umstände aus. Auch der Gesetzgebungsausschuß habe sich bei der Abstimmung davon leiten lassen. Auf Fälle leichterer Art habe man um deßwillen keine Rücksicht genommen: weil bei ihnen durch die mildernden Umstände das richtige Verhältniß zwischen Schuld und Strafe hergestellt worden wäre. „Nunmehr bestehe für den Ausschuß die Pflicht, alle Strafandrohungen einer weitern, sorgfältigen Prüfung zu unterstellen und dieselben überall zu ermäßigen, wo er die Ueberzeugung gewinne, daß die angedrohte Strafe für die bei den betreffenden strafbaren Handlungen im Leben vorkommenden geringere und mildere Beurtheilung fordernden Fälle zu hoch erscheine."

[2]) Entwurf von 1851. Hauptstück. VIII. Art. 88 u. 89. Entwurf von 1853. VII. Hauptstück Art. 87.

[3]) Entwurf von 1851 Art. 91 u. 94. Entw. v. 1853. Art. 80 u. 83.

[4]) Motive zum Entwurf von 1851 p. 492. Verhandlungen d. II. Kammer Beil.Bd. II. p. 458—465.

daß sie insbesondere den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung, dem eine weitere Ausdehnung gegeben wurde, als in den Entwürfen vorgeschlagen war, benützen würden, wo ihnen das Gesetz zu hart erschiene und hiedurch, wie man sagte, den Anforderungen des Lebens gerecht werden würden [1]), klingen seltsam im Munde von Freunden des Geschworneninstitutes. — Wer die Jury erhalten wissen will, — und wäre es lediglich aus politischen Gründen —, darf ihre Gewissenhaftigkeit nicht prinzipiell in Zweifel ziehen. Ihr das Gesetz unterzuordnen, ist eine Forderung, die ihr so wenig wie den Richtern gewährt werden kann.

Das System fiel. — In der Weise, wie es in Anspruch genommen worden war, würde es mehr als irgend ein anderes System den Vorwurf Köstlins, „die absolute Ironie auf alle gesetzlichen Straffätze zu sein" [2]), verdient haben.

In Folge dessen wurden im Entwurf von 1860 und im Gesetze vom 10. November 1861 wieder allgemeine Milderungsgründe aufgestellt und zwar geminderte Zurechnung (Art. 68 in weiterer Fassung wie früher), Jugend (Art. 76 u. 77 des Gesetzbuchs), Irrthum (Art. 69, jedoch in sehr beschränkter Weise [3]), Nothwehr (Art. 73) und Schadensersatz (Art. 74). Diese [4]) gehören nach Art. 22 des Einführungsgesetzes zu der Cognition der Geschwornen, an deren Erklärung die Richter in den Fällen der Art. 68. 69 und 73. gebunden sind. [5]) An Stelle der Todes- oder lebenslänglichen absolut gedrohten Zuchthausstrafe tritt Zuchthausstrafe von 8—20 Jahren, wegen des Milderungsgrundes der Jugend kann nur auf Gefängnißstrafe erkannt werden. [6]) Die Herabsetzung der übrigen Strafen ist durch ein Maximum und (mit Ausnahme des Schadensersatzes

[1]) Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses d. II. K. 1856 p. 200. Beil.Bd. I. p. 458—465. Motive zum Entwurf v. 1859. p. 52.

[2]) Köstlin, System des Strafrechts p. 603.

[3]) Der Irrthum kann insofern unter die Milderungsgründe gerechnet werden, als nach Art. 69 Abs. 2 die Strafbarkeit erhöhende Umstände, wenn sie dem Handelnden unbekannt waren, bei der Bestrafung außer Berücksichtigung bleiben.

[4]) Bezüglich der Jugend siehe p. 97.

[5]) Um die frühere oben erwähnte Controverse, ob der Richter auf Grund des Ausspruchs der Jury die Strafe herabsetzen dürfe oder müsse, abzuschneiden, wurde mit Ausnahme des Falles des Art. 74 die imperative Fassung „so ist zu verhängen" gewählt. Art. 68. 73. Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der II. Kammer Bd. I. p. 59. 208, der I. Kammer Beil.-Bd. p. 135. In Art. 74 „Schadensersatz" ist die Fassung facultativ. Referent und Regierung waren, nach den Verhandlungen des GA. der II. Kammer 1859 Bd. III. p. 55 u. 56 anfänglich darüber einig, daß bezüglich des Schadensersatzes keine Frage an die Geschwornen zu stellen sei. In dem von Weis gestellten Antrag auf Einstellung des Art. 22 in das Einführungsgesetz erscheint Art. 74 aufgenommen l. c. Bd. II. p. 310. Weis, Commentar z. St.G.B. p. 214. Man habe sich, da es sich um die Entscheidung einer Thatfrage handelt, zuletzt für die Ueberweisung an die Geschworenen entschieden.

[6]) Gesetz Art. 77.

und des Irrthums) durch das Viertheil des gesetzlichen Minimums beschränkt.[1])

Die Stellung einer Frage darf, wenn das Vorhandensein eines dieser Umstände ernstlich behauptet wurde, nicht verweigert werden; es wurde hiedurch die oben erwähnte, in der bayrischen Praxis vielfach controvertirte Frage entschieden.[2])

Die Grundsätze, welche das neue Gesetzbuch hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuchs und der Theilnahme adoptirte, nöthigten dem Richter ein Milderungsrecht — man darf wohl sagen, für die gewöhnlichen anstatt für die außergewöhnlichen Fälle — einzuräumen. Dieses Milderungsrecht steht jedoch ausschließlich den Gerichten zu.[3])

Bei einer Anzahl von einzelnen Delicten gestattet das Gesetz, indem es bald von „mildernden Umständen", bald von „leichtern oder minder schweren Fällen" spricht, unter das Minimum herabzugehen.[4]) Vom Gesetzgebungsausschuß der II. Kammer wurde die Zulassung solcher leichterer Fälle bei einzelnen Delicten damit gerechtfertigt, daß bei diesen Verbrechen einerseits eine große Abstufung der Verschuldung vorkomme, andererseits die legislative Präcisirung dieser Abstufung als unmöglich oder allzuschwierig erscheinen möchte.[5]) Es war dieß das Gebiet, auf das sich die mildernden Umstände, nachdem sie aus dem allgemeinen Theil geschlagen waren, zurückgezogen hatten. Dennoch läßt sich nicht läugnen, daß auch bei diesen leichtern Fällen, wenigstens zum Theil, ganz greifbare bestimmte Voraussetzungen, obwohl man dieselben nicht präzisiren zu können behauptete, vor Augen schwebten und eben die Möglichkeit einer Milderung wünschenswerth erscheinen ließen. So dachte man bei dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit gegen Beamte an jene Fälle, in welchen eine Provocation von Seiten des Beamten vorliegt[6]), so war bei der Brandstiftung die Geringfügigkeit des Schadens maßgebend[7]), bei dem Verbrechen des Landesverrathes, begangen durch Verbleiben im Dienste des feindlichen Staats nach dem Ausbruch des Kriegs, hatte man jene Fälle im Auge, in welchen Jemand als Arzt oder Militärbeamter in auswärtigen Diensten steht[8]),

---

[1]) Ges. Art. 68. 73. Wegen des Milderungsgrundes des Schadensersatzes ist Reduction auf die Hälfte des gesetzlichen Minimums gestattet. Art. 74.

[2]) Einführungsgesetz Art. 22. Abs. 1.

[3]) Gesetz Art. 49. 54. 55.

[4]) Einführungsgesetz Art. 22. Abs. 2.

[5]) Verhandlungen d. GA. d. II. K. 1856. Bd. I. 462. Die Fälle sind folgende: Landesverrath Art. 111. Majestätsbeleidigung Art. 121. Gewaltthätigkeit gegen Beamte u. s. w. Art. 138. Abs. 2. Blutschande zwischen unehelichem Vater und Descendenten Art. 210. Bankerott Art. 329. Abs. 2. Brandstiftung Art. 348 Abs. 2. Bestechung Art. 369.

[6]) Ges. Art. 138. Abs. 2. Verhandl. d. K. d. A. 18⁵⁹/₆₁. Beil.Bd. III. 44. 45.

[7]) Ges. Art. 348, 2. Verhandl. l. c. 94. Als ein solcher leichterer Fall wurde das Anzünden einer fast werthlosen Torfhütte angeführt.

[8]) Ges. Art. 111. Verhandl. d. GA. d. II. Kammer 18⁵⁹/₆₁. Beil.Bd. III. 117.

bei der Blutschande endlich besteht der leichtere Fall in der ganz bestimmten Voraussetzung, daß das Verwandtschaftsverhältniß ein außereheliches und durch den Vater begründetes ist.[1]) Obwohl, wie erwähnt, die bestimmten allgemeinen Milderungsgründe, soweit sie auf thatsächlichen Voraussetzungen beruhen, von den Geschworenen als den Richtern der Schuld constatirt werden, ist die Würdigung dieser leichtern auf einer geringern Verschuldung beruhenden Fälle doch lediglich Sache der Richter.[2]) Nur ein einziger besonderer Milderungsgrund ist gesetzlich bestimmt, nämlich Reizung beim Todschlag und bei Körperverletzungen[3]), hier aber den Geschwornen wieder übertragen, was ihnen bei den sogenannten leichtern Fällen entzogen ist. Daß bei letzteren mehr eine Gesammtwürdigung des ganzen Reats im Gegensatze zu der Rücksichtnahme auf besondere Gründe beabsichtigt ist, kann ein Gesetzbuch, das die Geschwornen als Richter der größern oder geringern Verschuldung anerkennt, von dem Vorwurfe der Inconsequenz nicht befreien. Es ist ohnedieß unrichtig, den Bestimmungen des neuen Strafgesetzbuches über das richterliche Milderungsrecht, wie sie jetzt getroffen sind, noch wie Risch[4]) die Unterscheidung von excuses légales und circonstances atténuantes, erstere für diejenigen Gründe, welche der Würdigung der Geschworenen übertragen, letztere für die „leichteren Fälle" unterlegen zu wollen. Die bestimmten Fälle haben mit den excuses nur die Bestimmtheit, die leichtern Fälle mit den circonstances atténuantes nur die Unbestimmtheit gemein. Die excuses sind besondere Milderungsgründe, die auf nach der Erfahrung gerade bei den speziellen Delicten besonders häufig vorkommenden thatsächlichen Voraussetzungen beruhen, mit den Delicten, bei welchen sie zugelassen sind, also in einem engen Zusammenhang stehen; eine solche excuse ist die Reizung. Die von Risch excuses genannten gesetzlich bestimmten Milderungsgründe beruhen mit Ausnahme der Reizung auf allgemeinen Voraussetzungen, die bei allen oder doch bei ganzen Kategorien von Verbrechen zutreffen können. Gerade der Milderungsgrund der geminderten Zurechnung spielt eine Hauptrolle unter den circonstances atténuantes.

Des weitern ist für das richterliche Arbitrium noch gesorgt durch weite Strafrahmen; bei den Vergehen ist nur ausnahmsweise ein Minimum gesteckt.[5])

Endlich ist noch die Bestimmung des Art. 54 des Preßstrafgesetzes vom 17. März 1850 durch das Einführungsgesetz Art. 22 aufrecht erhalten. Hiedurch tritt die Abnormität ein, daß bei der Aburtheilung von Preßreaten sowohl die allgemeinen bestimmten mildernden

---

[1]) Ges. Art. 210.

[2]) Einführungsgesetz Art. 22. Abs. 2.

[3]) Einführungsgesetz Art. 22. Abs. 1. Strafgesetz Art. 229. 230. 235. 236.

[4]) Risch, Commentar zum Einführungsgesetz ꝛc. p. 122 ff.

[5]) Dollmann, das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10. Nov. 1861 p. 40.

Umstände des Strafgesetzes, als auch die allgemeinen des Preßgesetzes zur Anwendung gebracht werden können. Stenglein ist der Ansicht, die Wirkung könne keine doppelte sein, da sich nicht beurtheilen lasse, ob nicht ein und derselbe Milderungsgrund doppelt in Anrechnung kommen würde und das Gesetz auch bei Vorhandensein mehrerer strafmildernder Umstände keine mehrmalige Reduktion der Strafe gestatte. Es sei daher in solchen Fällen dasjenige Strafgesetz anzuwenden, welches die mildere Bestrafung herbeiführen würde. Dies müsse dadurch gefunden werden, daß die Strafe in doppelter Weise, einmal mit Anwendung des Art. 54 des Preßstrafgesetzes, das andere Mal unter Anwendung der im allgemeinen Theil des Strafgesetzbuchs über Milderungsgründe enthaltenen Bestimmungen ausgemessen und die mildere von beiden Strafen verhängt werde.[1]) Von den im Strafgesetz statuirten mildernden Umständen werden mit den mildernden Umständen des Preßstrafgesetzes nur der der geminderten Zurechnung und der des Irrthums concurriren können. Diese können auch mit den sogenannten „leichtern Fällen" concurriren; diese leichteren Fälle haben nach der Intention des Gesetzgebers vollkommen die Natur der mildernden Umstände des Preßstrafgesetzes; es wird also die berührte Controverse analog dem Zusammentreffen eines gesetzlich bestimmten Milderungsgrundes mit einem leichtern Falle entschieden werden müssen. Hierüber aber, daß ein Zusammentreffen des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung mit leichteren Fällen eine doppelte Strafreduktion zur Folge haben müsse, liegt ein Einverständniß der Gesetzgebungsfaktoren vor.[2]) Gerade deßwegen, weil sich im gegebenen Fall nicht beurtheilen läßt, ob ein und derselbe Milderungsgrund oder ob nicht mehrere mit einander verträgliche Milderungsgründe in Anwendung kommen würden, wird nach dem Grundsatze „in dubio mitius" eine doppelte Reduktion eintreten müssen.

Milderungsgründe.

Feuerbach halte, wie schon erwähnt, im Anschluß an Maydell die Nothwendigkeit der Ausscheidung des Versuchs, der Theilnahme und der Fahrlässigkeit als besonderer Schuldformen in seiner Revision aufs Neue hervorgehoben.[3]) Seit dieser Zeit verschwinden sie mit wenigen Ausnahmen[4]) aus der Reihe der Milderugsgründe, sowohl in den Lehrbüchern als in den Gesetzgebungen, bis der Anschluß an die Theorie des Code pénal über die Strafbarkeit des Ver-

---

[1]) Stenglein, Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern p. 165.

[2]) Verhandlungen d. GA. d. II. K. 1856. Bd. II. p. 229 und desselben GA. 18⁶⁰/₆₁ Bd. III. p. 88.

[3]) Feuerbach, Revision I. 233.

[4]) Eine solche macht z. B. Wächter, Lehrbuch des Röm. Teutschen Strafrechts 1816 Thl. I. §. 116. Er führt Fahrlässigkeit, Mangel an Vollendung ꝛc. als Milderungsgründe an.

suchs und der Theilnahme dieselben wieder in die Strafmilderung einführt. Der Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für Bayern von 1810 ging zwar noch von der Auffassung der ordentlichen Strafe im Sinne der älteren Doktrin aus; das Gesetzbuch von 1813 verwarf sie aber und bezeichnete die Strafmilderung in richtiger Weise als die Aenderung der an und für sich verwirkten Strafe.[1]) Als Milderungsgründe hatte das Gesetzbuch von 1813 Jugend, hohes Alter, langwierige Untersuchungshaft und Mangel am Thatbestand aufgestellt.[2]) Letzterer wurde bald allgemein verworfen, der des hohen Alters folgte bald nach[3]), desgleichen wurde die langwierige Untersuchungshaft ausgeschieden[4]), so daß in den neueren Gesetzgebungen meist nur mehr Jugend und geminderte Zurechnung aufgestellt sind.[5]) Im Einzelnen, so wie in der den gesetzlich anerkannten Milderungsgründen beigelegten Wirkung herrscht in den Gesetzgebungen wenig Uebereinstimmung.

Jugend. Die Jugend ist durchgängig als Milderungsgrund aufgestellt. Die meisten Gesetzbücher fixiren einen Termin der Straflosigkeit, der völligen Unzurechnungsfähigkeit; das bayerische bis zum 8. Jahr[6]) das württembergische, sächsische von 1838, hannöversche, hessische und badische bis zum 12.[7]), das sächsische von 1855 bis zum 14. Jahr.[8]) Das bayrische Gesetzbuch allein unterscheidet nach der Kindheit noch zwei besondere Entwicklungsperioden: 8.—12. und 12.—16. Jahr.[9]) Der Mangel der vollständigen Reife selbst wird zum Theil nach dem Vorbild des Code pénal als Mangel des Unterscheidungsvermögens (discernement) bezeichnet.[10]) Der Code pénal fand jedoch auch darin Nachahmung, daß man die Ausscheidung einer Periode der Unzurechnungsfähigkeit fallen ließ, obwohl dieser Mangel von den französischen Juristen insbesondere wegen des peinlichen Eindrucks, den die Verweisung von Kindern auf die Anklagebank mache, bitter getadelt wird.[11]) Die Kommentatoren des preußischen

---

[1]) Anmerkungen zum Ges.B. v. 1813 Thl. I. Bd. I. 122.

[2]) Bayr. Strafg. 1813. Art. 98. 103. 104. 106.

[3]) Außer dem Ges.B. v. 1813 hat ihn noch Hannover Art. 102.

[4]) Außer Bayern noch Hannover Art. 163. Baden 158 als Abrechnung bezeichnet.

[5]) So Hessen 114 und 115. Baden 79 und 128. Sachsen 1838. Art. 62. 64. 1855. §. 66. 87. 88. 96. Deßgleichen die bayr. Entwürfe von 1851 und 1853.

[6]) Bayern 1813. Art. 98. I. u. 120. 1.

[7]) Württemberg 95. Hannover 99. Hessen 115. Baden 78. Sachsen 1838. Art. 62.

[8]) Sachsen, Strafgesetzbuch von 1855. §. 66. Diese Ausdehnung tadelt Wächter, Sächsisch-Thüringisches Strafrecht p. 342.

[9]) Bayern 1813. Art. 88 u. 99 bis zum 12. Jahr körperliche Züchtigung oder Gefängniß bis zu 6 Monaten vorbehaltlich der Zurechnung.

[10]) Bayern 1813. Zurechnung. Oestreich Zurechnung. Code pénal Art. 66. Württemberg 95 die zur Unterscheidung nöthige Ausbildung. Hannover 99 Unzurechnungsfähigkeit und hinlängliche Unterscheidungskraft &c.

[11]) Chauveau, Théorie du code pénal I. 166—168. Bei der Revision

Strafgesetzbuchs von 1851 geben darüber keinen nähern Aufschluß, aus welchen Gründen man, ob etwa nur wegen der Frühreife mancher Kinder, sich zu der Annahme der Bestimmung des Code pénal entschloß.[1]) In Bayern wollte man auch jungen Verbrechern unter 12 Jahren die Wohlthat der Verschaffung in eine Besserungsanstalt erweisen. Aus Mißtrauen gegen die Polizei wollte man auch hiefür einen Richterspruch. Die nothwendige Folge war nun die Zulassung der Strafverfolgung auch gegen junge Verbrecher unter 12 Jahren. Abweichend von den frühern Entwürfen unterscheidet das bayrische Gesetz von 1861 keine Periode der Straflosigkeit.[2]) Der Termin, mit welchem die volle Strafbarkeit eintritt, ist verschieden abgesteckt, meist erstreckt er sich bis zum 16. Jahr.[3]) Innerhalb dieser Periode handelt es sich primär um die Zurechnungsfähigkeit; wird diese für gegeben erachtet, so tritt eine Milderung der Strafe ein. Mitunter erstreckt sich die Berücksichtigung der Jugend wenigstens bezüglich des Ausschlusses der Todes- und lebenslänglichen Freiheitsstrafe noch um einige Jahre weiter. Am weitesten geht hierin das bayrische Gesetz von 1861, nämlich bis zur Volljährigkeit.[4])

Die Wirkung ist in den einzelnen Gesetzgebungen eine sehr verschiedene. Todes- und lebenslängliche Zuchthausstrafe sind natürlich in allen unbedingt ausgeschlossen. Der Einfluß auf die Freiheitsstrafen ist je nach den Strafsystemen der Gesetzbücher ein verschiedener. Während die älteren Gesetzgebungen noch Zuchthausstrafe zulassen, be-

---

von 1832 wurde das Amendement gestellt, Kinder unter 12 Jahren vor die Rathskammer zu stellen. Aus Rücksicht für die Publizität fiel es.

[1]) Preußisches Gesetz §. 42 u. 43. Bis zur Vollendung des 16. Jahres die Frage bezüglich des Unterscheidungsvermögens. Beseler, Kommentar 189—195. Hieraus kein anderer Grund als die Präcocität zu entnehmen. Die Entwürfe bis zum Jahr 1850 hatten zwei Altersstufen unterschieden.

[2]) Bayern 1861. Art. 76. Der Vollzug mußte dennoch den Polizeibehörden überlassen werden. 76. Die frühern Entwürfe 1851 Art. 91 und 1853 Art. 80 schlossen die Verfolgung bis zum 12. Jahr aus. Erst der Entwurf von 1860 hat nur mehr eine Altersstufe 76. Die Motive zum Entwurf von 1860 p. 64 geben obige Begründung. Die Unterbringung in eine solche Anstalt wäre nicht möglich gewesen wegen Mangels einer zuständigen Behörde. Der Nothwendigkeit der Verweisung in die öffentliche Sitzung wurde jedoch durch Uebertragung der Einbringungsbefugniß an das einstellende Gericht begegnet.

[3]) Bayern 1813. Art. 99. Code pén. Art. 66. Württemberg Art. 96. Hannover Art. 99. Preußen §. 42. Deßgl. Hessen Art. 115 u. Bayern 1861. Art. 76. bis zum 16. Jahr. Sachsen 1838 u. 1855. Art. 62 u. 90 bis zum 18. Jahr. Oestreich bis zum 20. Jahr.

[4]) Bayern 1813. Ueber 16 Jahre hinaus für sich keine Milderung. Nach den Anmerkungen I. 241. Verweisung auf die Begnadigung. Dagegen Hannover (Leonhardt, Kommentar p. 432) Milderung nur bei Verbrechen aus Uebereilung, Leichtsinn, jugendlicher Hitze. Baden §. 80. Ausschluß der Todesstrafe bis zum 18. Jahr. Hessen Art. 107. Ausschluß der Todes- und lebenslänglichen Zuchthausstrafe. Oestreich 1853 (Hye Strafprozeß p. 319) Ausschluß der Todes- und lebenslänglichen Zuchthausstrafe. Bayern 1861. Art. 82. Ausschluß der Todesstrafe bis zur Volljährigkeit.

schränken die neueren die Strafe auf Gefängniß.[1]) Als ein Gewinn aus der französischen Gesetzgebung muß in den neueren Gesetzen das Wegfallen der Ehren folgen[2]) und die gesetzliche Vorsorge für die Unterbringung jugendlicher Verbrecher in besondern Anstalten anerkannt werden.

Hohes Alter.

Die Verbindung schwerer, große körperliche Anstrengung erheischender Arbeiten mit den höheren Freiheitsstrafen machte in einigen Gesetzgebungen eine Berücksichtigung des hohen Alters nothwendig, wohl nach Vorgang des Code pénal Art. 70, wornach sie sich auf den Erlaß öffentlicher schwerer Arbeiten beschränkt. Eine ähnliche Rücksicht ist im Gesetzbuch von 1813 Art. 103 und in dem von Hannover Art. 102 genommen.[3]) Die Einsicht, daß dieß Sache des Strafvollzugs sei, ließ diesen Grund aus spätern Gesetzgebungen verschwinden.

Geminderte Zurechnungsfähigkeit.

Der ungebührlichen Ausdehnung gegenüber, welche die Doktrin dem Milderungsgrunde der geminderten Zurechnung (oder Zurechnungsfähigkeit) gegeben, sprach Feuerbach demselben jede Begründung ab. Daß er auf dieser Ansicht, so sehr sie seiner Theorie entsprach, nicht beharrte, wurde bereits erwähnt. Der Entwurf von 1810 enthielt daher auch den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung, allerdings in der Form der von Feuerbach schon in der Revision zugelassenen Herabsetzung der Strafe, nämlich im Art. 109 als Mangel am Thatbestand. Da nach der Fassung des Artikels sowohl der objective als der nach der damaligen Doktrin sogenannte subjective Thatbestand inbegriffen war, so gehörte unter die Mängel, deren Vorhandensein eine adäquate Herabsetzung der Strafe bewirken sollte, auch die geminderte Zurechnung.[4]) Wegen der Allgemeinheit dieser Bestimmung ließ man aus Besorgniß vor etwaigem Mißbrauch den hierauf bezüglichen Passus weg und beschränkte den Art. 106 des Gesetzbuches von 1813 auf den objektiven Thatbestand.

Im Marginale des Art. 106 waren aber neben den Worten „Mangel am Thatbestand“ die Worte „und anderer rechtlichen Voraussetzungen“ stehen geblieben. Hiemit behalf sich die Praxis, um die Lücke des Gesetzes zu füllen. Unterstützt wurde sie hierin durch die

---

[1]) Bayern 1813. Art. 99. Hiernach war das Maximum 16 Jahre Zuchthaus. Code pénal Art. 67. 20 Jahre Einsperrung in ein Correktionshaus. Württemberg 15 Jahre Zuchthaus. Baden und Hannover Arbeitshaus. Preußen Art. 43. Gefängniß bis zu 15 Jahren. Bayern 1861. Art. 77. Statt Todesstrafe Gefängniß von 2—10 Jahren u. s. f.

[2]) Das Gesetzb. v. 1813 nahm hierauf keine Rücksicht. Der Code pénal schließt infamirende Strafen aus. Art. 67. Württemberg Ausschluß der Ehrenstrafen. 96. 2. Preußen §. 43 schließt ausdrücklich den Verlust der Ehrenrechte aus. Dasselbe Bayern 1861. Art. 78.

[3]) Die Stellung dieser Berücksichtigung unter die Milderungsgründe war im Gesetzbuch von 1813 um so inconsequenter, als nach Art. 9. dieselbe Vergünstigung Weibspersonen und schwächlichen Personen zu Theil wurde. Das eigentlich Unterscheidende der Kettenstrafe, wo diese Rücksichtnahme stattfand, bestand n. d. Gb. v. 1813 in dem damit verbundenen bürgerlichen Tod.

[4]) Gönner, Motive zum Entwurf von 1822 p. 132.

Anmerkungen, welche in dem Kapitel von den Strafausschließungsgründen hinsichtlich jener Zustände, welche den die Zurechnung ausschließenden Gründen nahe kommen, auf den Art. 106 verwiesen.[1]) Streitig war jedoch, ob eine der Milderung wegen Mangels am objektiven Thatbestand entsprechende adäquate eintreten dürfe, oder ob sie auf die wegen der Jugend begründete beschränkt sei.[2])

Diejenigen Gesetzgebungen, für welche das Gesetzbuch von 1813 mehr oder minder Vorbild war, ließen dennoch den Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit zu, allerdings in sehr verschiedener Ausdehnung.

Die Annahme einer geminderten Zurechnungsfähigkeit selbst aber wurde als unlogisch bestritten. Die Zurechnungsfähigkeit sei die Möglichkeit, zu handeln, mit Willkühr sich selbst zu bestimmen. Entweder sei das Wissen und Wollen eines Menschen unter dem Banne einer Naturnothwendigkeit gestanden oder nicht. Daher könne es von beiden auch nur eines geben, Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit. Ein drittes, ein in Mitte liegendes Mischungsverhältniß, sei ein Widerspruch, daher gebe es keine Grade der Zurechnungsfähigkeit, keine geminderte Zurechnungsfähigkeit.[3]) Insoferne war es allerdings unrichtig, jene Zustände, in welchen man eine Trübung des Bewußtseins und in Folge dessen eine Milderung der Strafe für begründet erachtete, als Geistes- und Seelenstörungen, Trunkenheit ꝛc. als Zustände geminderter Zurechnungsfähigkeit zu bezeichnen; noch unrichtiger hierunter auch Fälle, wie Zwang, Noth, Gewalt und dergleichen zu begreifen, für welche auch die Bezeichnung geminderte Zurechnung[4]) unpassend zu sein scheint, da es sich hier um Fälle handelt, in welchen lediglich die Macht innerer und äußerer Bestimmungsgründe auf die sittliche Kraft eine Milderung der Strafe begründet.

Ein Irrthum war es jedoch, das Postulat der geminderten Zurechnungsfähigkeit so zu verstehen, als habe man damit eine getheilte, eine halbe oder Dreiviertelszurechnungsfähigkeit statuiren wollen und deshalb den fraglichen Milderungsgrund zu verwerfen.[5]) Man bediente

---

[1]) Anmerkungen zum Str.G.B. v. 1813. Thl. I. Bd. I. 299 ff.

[2]) Die Anmerkungen zum Thl. I des St.G.B. I. 300 verwiesen bezüglich des Maßes der Strafherabsetzung auf die Analogie des Art. 152 u. 185, wonach eine bestimmte Milderung für das Verbrechen der Körperverletzung vorgeschrieben ist. Hiernach soll eine nach der Analogie der in dem Art. 152 u. 185 vorgeschriebene Milderung in Gemäßheit des Art. 106 erkannt werden. Man hielt sich eben buchstäblich an die Vorschrift. Der oberste Gerichtshof entschied sich jedoch für die ausgeführte Entscheidung. Arnold, Archiv für Criminalrecht 1843 p. 519. Dagegen Blätter für Rechtsanwendung Bd. III. S. 1 ff.

[3]) Oersted, Kritik des Entwurfs von 1822 p. 222. Köstlin, System §. 54. Neue Revision p. 159. Hälschner, preußisches Strafrecht II. 1. §. 28.

[4]) Insofern nämlich die Momente der Zurechnung die Willensbestimmung, die That und die Verbindung beider vollkommen vorhanden, der Wille auch hier ein freier und die Einheit des Willens und des Erfolgs vollkommen vorhanden ist.

sich nur eines unrichtigen Ausdrucks für einen richtigen Gedanken.[1]) Es hat nichts Widersinniges an sich, zu behaupten, daß Wissen und Wollen, daß die intellectuellen, physischen und sittlichen Kräfte nicht in jedem Menschen gleich entwickelt sind, daß diese Entwicklung keine sprungweise, sondern eine stetige, allmählige ist und daß, wenn sie auf einer gewissen Höhe angelangt ist, sie dennoch empfindliche Rückschläge erleiden kann. Eine gewisse Höhe dieser Entwicklung kann im Durchschnitte bei allen Menschen angenommen werden. Auf die Präsumtion derselben setzt das Strafgesetz die volle Verantwortlichkeit. Wo dieses Durchschnittsmaß momentan oder anhaltend alterirt erscheint, ist die volle Verantwortlichkeit, die volle Strafbarkeit nicht mehr gegeben. Der Verbrecher handelt zwar noch immer frei, er erscheint aber minder strafbar. Es wird zwar auch an solchen, welche wie Köstlin[2]) trotz ihrer Polemik gegen die geminderte Zurechnungsfähigkeit dennoch wegen Jugend, Taubstummheit, Verstandesschwäche und Trunkenheit eine Milderung für begründet erachten, bestritten, daß dieß eine Anwendung auf Geisteskrankheiten finden könne. Auch wo man Stufen einer Geisteskrankheit fixiren zu dürfen glaube, dürfe keine Strafe eintreten, weil es sich um einen Kranken handle, der dem erziehenden Strafzwang überwiesen werden müsse. Es ist dieß eine Frage, deren Lösung von der Psychologie erwartet werden muß. Neuerdings ist jedoch die Strafmilderung wegen solcher Zustände von Ideler vertheidigt worden, insbesondere aus dem Grunde, daß auch bei Geisteskrankheiten der Uebergang von der Zurechnungsfähigkeit zu Unzurechnungsfähigkeit nur ein allmähliger sei.[3]) Das Strafgesetz darf aber offenbar auch nur einen gewissen Grad der sittlichen Energie verlangen, und es rechtfertigt sich daher die Ausdehnung dieses Milderungsgrundes auf jene Zustände, in welchen innere und äußere Bestimmungsgründe mit einer solchen Macht auftreten, daß ihre Ueberwindung eine außerordentliche Steigerung der sittlichen Kraft voraussetzen würde.[4])

Die Behandlung dieses Milderungsgrundes in die Gesetzgebungen ist eine sehr verschiedene.

Das östreichische Gesetzbuch von 1803 erwähnt nur Verstandesschwäche, deßgleichen das Gesetz von 1852.[5])

Eine höchst ungenügende und im höchsten Grade inconsequente Bestimmung enthält das sächsische Crimininalgesetzbuch von 1838. Hiernach soll wegen eines hohen Grades von Blödsinn und Verstandesschwäche statt Todesstrafe auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden[6]), eine durch die Härte der Consequenz abgedrungene Concession an die richtige verworfene Ansicht. Auch das württem-

---

[1]) Wächter, Sächsisch-Thüringisches Strafrecht p. 325.

[2]) Köstlin, System p. 613.

[3]) Ideler in Goltdammers Archiv Bd. V. p. 289—302.

[4]) Köstlin, System p. 613 zählt hierunter auch krankhafte Begierden als Heimweh, Gelüste der Schwangern.

[5]) Oestreich 1803. §. 38. a. 1852. §. 46. a.

[6]) Sachsen 1838 Art. 64. Sehr getadelt von Wächter, Sächsisch-

bergische Gesetz beschränkte den Milderungsgrund auf Blödsinn und Verstandesschwäche trotz des Antrags der II. Kammer auf Erweiterung auch auf die psychischen Störungen. Die Regierung hatte dagegen eingewendet, es gebe hier keine Gradation, die Nothwendigkeit einer Rücksichtnahme dennoch selbst durch die Verweisung auf die Minderungsgründe des Gesetzbuchs eingeräumt.[1]) Der Uebergang zur niedern Strafart ist aber allgemein gestattet. Das hannöversche Gesetzbuch stellt die geminderte Zurechnung nur unter die Minderungsgründe.[2]) Das hessische Gesetz nennt ausdrücklich Taubstummheit, Schlaf, Nachtwandeln, Wahnsinn, Blödsinn, Verrücktheit, Raserei, vorübergehende Verwirrung der Sinne oder des Verstandes.[3]) Das badische fügt Nothstand und Zwang hinzu, sämmtliche Gründe unter der Bezeichnung geminderter Zurechnung umfassend.[4]) Das bayerische Gesetz vom 29. August 1848 dagegen begreift unter geminderter Zurechnungsfähigkeit Trübung des Bewußtseins von der Strafbarkeit durch Geistesbeschränktheit, Altersschwäche, Gemüthskrankheit, unverschuldete Trunkenheit oder durch eine andere Verwirrung der Sinne oder des Verstandes.[5]) Die weiteste Ausdehnung sowohl in Hinsicht auf Umfang als auf Wirkung erhielt dieser Milderungsgrund im sächsischen Strafgesetzbuch von 1855.[6]) Es begreift unter der Bezeichnung „verminderte Zurechnungsfähigkeit" Jugend, Mangel der Entwicklung, Trübung des Bewußtseins durch Stumpfsinn oder Verstandesschwäche, Handeln in einem zur Bewußtlosigkeit gravitirenden Zustand, Hemmung des Vernunftgebrauchs durch Einwirkung von Seelenkrankheiten; unter der Bezeichnung „verminderte Zurechnung" Zustände, welche an die durch echte Noth, Nothwehr, Befehl, Zwang und Irrthum herbeigeführten und die Zurechnung ausschließenden angränzen.[7]) Die Wirkung dieser Gründe ist aber insofern eine außerordentliche, als der Richter durch kein Minimum gebunden ist. Es kann also von Todesstrafe bis auf Verweis heruntergegangen werden.[8]) Dafür spricht allerdings, daß alle diese Zustände einer unendlichen Steigerung und Minderung fähig sind, allein andererseits darf doch nicht verkannt werden, daß sich der Grad der Einwirkung irgend eines der erwähnten Momente immerhin nur annäherungsweise bestimmen läßt, daß sich insbesondere die Grenze

---

[1]) Württemberg Art. 99. Hepp, Commentar p. 680. Getadelt von Hufnagel, Commentar p. 213. Deßgleichen von Mittermaier, Fortbildung I. 271 ff. Er weist insbesondere auf den Widerspruch hin, der in der Verweisung auf Art. 98 (Strafminderungsgründe) liegt.

[2]) Hannover Art. 94. 1. Nach Art. 83. n. 2 haben in lichten Zwischenräumen begangene Verbrechen Anspruch auf Milderung.

[3]) Hessen Art. 114.

[4]) Baden Art. 71—77. 81. 82. Thilo, Commentar zum badischen St.G.B. p. 128.

[5]) Gesetz vom 29. August 1848. Art. 3.

[6]) Sachsen 1855. Art. 87. 88. 96.

[7]) Verminderte Zurechnungsfähigkeit Art. 88. Verm. Zurechnung Art. 96 u. 97.

[8]) Wächter, Sächsisch-Thüringisches Strafrecht p. 269.

zwischen dem letzten Stadium des Uebergangs der Zurechnungsfähigkeit zur Unzurechnungsfähigkeit, welches bei einem mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen die Strafe eines Verweises als die gerade entsprechende Sühnung erscheinen ließe, sich nicht ziehen läßt und daß endlich mit einer solchen Ermächtigung die Strafen in der That arbiträr geworden sind. Auch Krug spricht die Besorgniß aus, es möchte hiedurch das Strafsystem des Gesetzbuchs untergraben werden und empfiehlt daher große Vorsicht in der Anwendung.[1])

In Preußen wurde bei der ersten Revision des Strafgesetzes der Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit verworfen, weil es keine Grade derselben gebe. Der Entwurf von 1845 nahm ihn wieder auf. Dennoch kam er nicht in das Gesetz von 1851 hauptsächlich aus der Erwägung, daß ein solcher Milderungsgrund nur zur Umgehung der Frage, ob Zurechnungsfähigkeit vorhanden oder nicht, dienen würde.[2])

Der bayrische Entwurf von 1853 hatte „die verminderte Zurechnungsfähigkeit" im Sinne des Gesetzes vom 29. August 1848 aufgenommen.[3]) Im Gesetzgebungsausschuß der II. Kammer wurde diese Fassung, wornach gewisse Fälle genannt waren, beanstandet. Man schlug daher eine andere vor, durch welche nur das Prinzip ausgesprochen werden sollte. Zugleich wollte man eine Ausdehnung auf diejenigen Fälle, in welchen die Freiheit der Willensbestimmung durch äußere Einwirkung beeinflußt werde.[4]) Nach dem Gesetz vom 10. November 1861 ist demnach eine Milderung der Strafe begründet in allen Fällen, in welchen die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder der zur Erkenntniß der Strafbarkeit nöthigen Urtheilskraft oder die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden in erheblichem Grade gemindert erscheint, also überhaupt bei Handlungen unter dem Einfluß von Blödsinn, Geisteskrankheiten, Gewalt, Drohungen und Nothstand.[5]) Dem Irrthum und der Unwissenheit ist eine strafmildernde Wirkung noch besonders zugesichert, jedoch nur bezüglich der die Strafbarkeit erhöhenden Momente.[6]) Die Reduction auf Grund dieser Bestimmungen ist mäßig, z. B. an Stelle der Todesstrafe tritt Zuchthaus von 8—20 Jahren.

Ein Zusammentreffen der Milderungsgründe der Jugend und der geminderten Zurechnung gibt zu der Frage Anlaß, ob hier eine doppelte Reduction der Strafe zuläßig sei. Die neueren Gesetzgebungen haben diese Frage bejaht[7]), verneint hat sie insbesondere die frühere bayrische Praxis, sowie auch die Doktrin über die Frage nicht einig

---

1) Krug, Studien rc. I. 188.
2) Beseler, Commentar 174—185.
3) Entwurf von 1853 Art. 83.
4) Verhandlung des Ges.Aussch. der II. Kammer 1856. p. 196. 207. Bd. II.
5) Gesetz v. 10. November 1861. Art. 68.
6) Gesetz v. 10. November 1861. Art. 69.
7) Baden §. 155. Hessen Art. 114. Verhandl. d. G.A. d. II. bayr. Kammer 18⁵⁹/₆₁ III. p. 89.

ist. Gegen eine doppelte Herabsetzung wird eingewendet, daß die sogenannte geminderte Zurechnungsfähigkeit schon in der für die Jugend angeordneten Milderung der Strafe ihre Berücksichtigung gefunden habe.[1]) Von vorneherein wäre das nicht anwendbar auf den weitern Begriff von geminderter Zurechnungsfähigkeit, wonach auch Zwang und Nothstand, Gewalt ꝛc. darunter fallen. Abgesehen davon ist die sogenannte geminderte Zurechnungsfähigkeit der Jugend etwas anderes als die der Erwachsenen. Letztere beruht, wie erwähnt, darauf, daß der Verbrecher den vom Gesetze als normal bei jedem Menschen präsumirten Standpunkt der Entwicklung entweder in Folge mangelhafter Entwicklung nicht erreicht, oder denselben anhaltend oder nur momentan während der Verübung des Verbrechens verloren habe. Der junge Mensch, wenn auch mit den glücklichsten Anlagen begabt und in vollständig normaler Ausbildung begriffen, hat nach der Fiktion des Gesetzes nur eine gewisse Höhe der Entwicklung erreicht, welche aber zum Eintritt der vollen Verantwortlichkeit nicht genügend ist. Aber auch diese hat er nur erreicht, wenn seine Entwicklung nach seiner Begabung und den äußeren Umständen eine solche gewesen, wie sie das Gesetz durchschnittlich für alle Menschen voraussetzt. War sie von Anfang an durch besondere Verstandesschwäche, Geisteskrankheit und dergleichen gehemmt, so ist auch nicht einmal die vom Gesetz bis zu einem gewissen Alter angenommene Reife erreicht, die aber, wie erwähnt, dem Gesetzgeber noch so ungenügend ist, daß er für Alle, also auch die am glücklichsten Entwickelten eine Strafmilderung festsetzt. Ein solcher junger Verbrecher hat also einen doppelten Anspruch auf Milderung, einmal aus seiner Jugend, das anderemal aus der Trübung seines Bewußtseins. Diejenigen Zustände sogenannter geminderter Zurechnungsfähigkeit, welche nicht in mangelhafter Entwicklung beruhen, sondern in spätern anhaltenden oder momentanen Störungen, werfen den Erwachsenen von dem gesetzlich für den Eintritt der vollen Verantwortlichkeit fingirten Standpunkt zurück, den jungen Menschen dagegen, von dem für sein Alter fingirten, mit dem die volle Verantwortlichkeit an und für sich nicht verknüpft ist. Daher ist auch hier eine doppelte Reduction gerechtfertigt.

Langwierige unverschuldete Untersuchungshaft.

Als der Billigkeit entsprechend fand der Milderungsgrund der langwierigen Untersuchungshaft im Sinne der bisherigen Doctrin Eingang in die Gesetzgebungen. Nach dem Gesetzbuch von 1813 wird die verwirkte Freiheitsstrafe um die Dauer des unverschuldet erlittenen Arrestes verkürzt. Ohne Einfluß auf die lebenslängliche Freiheitsstrafe zu äußern, hebt er die Todesstrafe auf, wenn er zwei Jahre gedauert hat.[2]) Erwähnt ist dieser Milderungsgrund als solcher noch im sächsischen Criminalgesetzbuch von 1838, hannöverschen und württembergischen Gesetzbuch, als Minderungsgrund im Sinne des östreichischen Gesetzbuchs in demselben.[3]) Das hannöversche

---

[1]) Zeitschrift für Gesetzg. u. Rechtspfl. in Bayern II. 479. II. 121.

[2]) Bayern 1813. Art. 104. 105.

[3]) Württemberg 114. Hepp, Commentar 177. Sachsen 1838. Art. 62. Hannover Art. 103. Oestreich § 38 b.

und württembergische schließen ihn bei Todes- und lebenslänglicher Zuchthausstrafe aus; mit dem Ausschlusse der Einwirkung auf letztere sind jedoch Manche nicht einverstanden; Hefter aus dem Grunde, weil ja die lebenslängliche Freiheitsstrafe erst durch das Urtheil begründet werden könne.[1]) Dasselbe könnte man auch auf die Todesstrafe anwenden. Scheidet man jedoch diese Forderung der Billigkeit aus den eigentlichen Milderungsgründen aus, wie es die neuere Doktrin, allerdings mit Ausnahmen[2]), und die neueren Gesetzgebungen gethan haben, und sieht man darin nur eine Sache des Strafvollzugs, so schwinden alle Zweifel, ob der sogenannte Milderungsgrund auf die erwähnten Strafen Anwendung finden könne, oder anders ausgedrückt, ob durch ihn die Natur der Strafe geändert werden dürfe.

Schon die bayrischen Entwürfe gingen im Anschluß an die neueren Gesetzgebungen von dieser Ansicht aus[3]), die daher auch für das Gesetz von 1861 maßgebend blieb. Art. 83 verfügt demgemäß unter der Bezeichnung „Anrechnung der Untersuchungshaft“, daß zwar im Erkenntniß die volle Strafe ausgesprochen, jedoch bei zeitlich bestimmter Zuchthaus-, Gefängniß- und Geldstrafe ein entsprechender Abzug gemacht werden solle.[4])

Mangel an Thatbestand.

Der Milderungsgrund des Mangels am Thatbestand war, wie erwähnt, in das Gesetzbuch von 1813 übergegangen, später von Doktrin und Gesetzgebung verworfen worden.[5]) Aufs Neue erscheint er im östreichischen Strafprozeßgesetz von 1853. Nach §§. 284 und 285 darf nämlich nicht auf Todesstrafe erkannt werden, wenn der Beweis nicht durch Geständniß oder beschworene Zeugenaussage hergestellt werden kann.

Theilweiser Ablauf der Verjährungszeit.

In der württembergischen Strafgesetzgebung allein ist der theilweise Ablauf der Verjährungszeit als Milderungsgrund anerkannt.[6]) Maßgebend war hiefür nach den Kammerverhandlungen die frühere württembergische Praxis. Auch wurde die Präsumtion der Besserung, die sich aus dem Wohlverhalten des Verbrechers während dieser Zeit ergebe, hiefür geltend gemacht, während er als durchaus unjuristisch von Andern verworfen wurde.[7]) Vertheidigt wird er von Köstlin.[8]) Das subjektive Moment der Verjährung — „die Möglichkeit der Wiederherstellung des Willens des Thäters zur Einheit mit dem vernünftigen Allgemein-

---

[1]) Hefter, Lehrbuch §. 157 n. 2. Berner, Lehrbuch §. 138 spricht seine Verwunderung darüber aus, daß man die unverschuldete Untersuchungshaft nicht als Milderungsgrund gelten lassen wolle. Köstlin, System p. 596. Note 5 verwirft ihn.

[2]) Berner l. c.

[3]) Motive zu den Entwürfen von 1851 und 1853 zu den Art. 90 und 95.

[4]) So schon im Entwurf von 1853. Art. 86.

[5]) Gesetzbuch v. 1813. Art. 106.

[6]) Württemberg Art. 113.

[7]) Hepp, Commentar zum württemb. St.G. p. 770 ff.

[8]) Köstlin, System p. 597 und §. 127. Art. 2.

willen" — wurde, wie oben nachgewiesen, schon von den italienischen Praktikern für die Strafmilderung hervorgehoben.[1]) Für die volle Verjährung ist dieß, wie das objektive Moment derselben, nur eine Fiktion, die eben an die einmal festgesetzte Zeit gebunden bleiben muß; für die theilweise Verjährung wäre es eine Präsumtion, ein Rückschluß aus dem Leben nach der That auf die geringere Intensität des verbrecherischen Willens bei der That.

Wenn aber überhaupt die That allein die Strafe bestimmt und Gründe, welche außer ihr liegen, nicht zulässig sind, so kann auch diese Präsumtion so wenig wie die der Reue u. dergl. einen Anspruch auf Milderung begründen. Daß er aus den Quellen nicht nachweisbar ist, gibt Köstlin selbst zu.

Versuch und Theilnahme.

Es wurde bereits erörtert, daß die Annahme der Grundsätze des Code pénal über die Strafbarkeit des Versuchs und der Theilnahme in der preußischen und bayrischen Gesetzgebung beide nur ein paar Milderungsgründe bereicherte. Im preußischen Gesetz ist zwar die Gleichstellung der Strafbarkeit des Versuchs und sämmtlicher Theilnehmer an einem Verbrechen eine mehr nur scheinbare. In den legislativen Debatten stieß nämlich die Copirung des Code pénal auf bedeutenden Widerstand. Man beruhigte sich endlich hinsichtlich der Strafbarkeit des Versuchs mit der Erwägung, daß die Strafspatien weit genug seien, daß im concreten Falle auf den Versuch nie dieselbe Strafe wie auf die Vollendung treffen würde, fand aber demgemäß auch für nothwendig, die absoluten Strafen ausdrücklich auszunehmen.[2]) Auf Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe kann demnach wegen Versuchs nach preußischem Gesetz in keinem Falle erkannt werden.[3]) Von der Theilnahme ist die wesentliche ausgeschieden. Ist die Theilnahme keine wesentliche gewesen, so ist anstatt der Todesstrafe und der lebenslänglichen Freiheitsstrafe auf zeitige zu erkennen und, wenn außerdem mildernde Umstände vorhanden, auf Gefängniß von 2—10 Jahren.[4]) Die unbestimmte Fassung des Gesetzes gab zu der Controverse Anlaß, ob auch bei den mit relativen Strafen bedrohten Verbrechen der Unterschied der wesentlichen und unwesentlichen Theilnahme in Erwägung gezogen werden solle.[5]) Es darf insbesondere im Hinblick auf die Debatten über die Bestrafung des Versuchs angenommen werden, daß die gewählte Unterscheidung bei den absoluten Strafen aus derselben Rücksicht festgesetzt wurde, aus welcher eine Gleichstellung des Versuchs mit der Vollendung hinsichtlich der absoluten Strafene ausdrücklich untersagt wurde. Es lag daher offenbar in der Intention des Gesetzes, auch bei den mit relativen Strafen bedrohten Verbrechen, die unwesentliche

1) Cfr. oben die Doktrin der italienischen Praktiker p. 23. Note 7.
2) Beseler, Kommentar p. 137—151. 161.
3) Preußen Ges. v. 1851. §. 32.
4) Gesetz §. 34.
5) Goltdammer, Archiv rc. Bd. II. 522—528.

Theilnahme von der wesentlichen in der Strafe zu unterscheiden. Ihre Bestätigung findet diese Ansicht in der Fassung des Gesetzes. Nicht dieselbe Strafe, sondern „dasselbe Strafgesetz“ soll auf dem Versuch wie auf die Vollendung und auf die verschiedenen Formen der Theilnahme angewendet werden.[1] „Durch das Gesetz vom 30. Mai 1859 wurde das System in der Weise geändert, daß die Strafbarkeit des Gehülfen in allen Fällen eine geringere ist als die des Thäters, gleich viel ob die Beihülfe eine wesentliche war oder nicht. War die Beihilfe keine wesentliche Theilnahme, so kann die Strafe des Verbrechens gemildert, war sie eine wesentliche, so kann sie nur gemindert werden.[2])

Obwohl die französische Jurisprudenz, wie erwähnt, die Grundsätze des Code pénal über den Versuch und die Theilnahme längst verworfen und die preußische Gesetzgebung factisch zu den Grundsätzen der deutschen Doktrin zurückgekehrt war, so stellte doch schon der Entwurf von 1853 die Grundsätze des Code pénal auf.[3]) Es statuirt daher auf das Gesetz von 1861 als Prinzip die gleiche Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung, sowie die verschiedenen Formen der Theilnahme. Die Fassung ist demnach auch eine andere, als im preußischen Gesetz; es soll nämlich in diesen Fällen „dieselbe Strafe“ Anwendung finden. Hiedurch war aber auch die Möglichkeit einer Herabsetzung der Strafe dringend geboten. Diese ist nun den Strafrichtern beim Versuch wie bei der Theilnahme mit Ausnahme der Urheberschaft eingeräumt.[4])

Schadensersatz.

Ein weiterer Milderungsgrund ist der des Schadensersatzes. Er entstand aus dem Strafausschließungsgrund der thätigen Reue. Den Ausschluß aller Strafe hielt man mit Recht für zu weitgehend, weil denn doch eine Verletzung der Rechtsordnung vorliege; man statuirte daher einen Milderungsgrund, erweitert ihn aber auf Vermögensbeschädigungen jeder Art.[5]) Die Reduction beschränkt sich auf Herabsetzung bis zur Hälfte des Minimums.

Exceß der Nothwehr.

Einen neuen Milderungsgrund enthält auch das bayrische Gesetz von 1861 im Exceß der Nothwehr.[6]) Die Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr ist straflos, wenn sie in der durch den Angriff hervorgerufenen Aufregung begangen.[7]) Der Exceß an sich, also abgesehen von Uebereilung, Furcht oder Schrecken und dergleichen unterliegt der auf die verübte That gesetzten Strafe, jedoch mit Mil-

[1]) Beseler l. c. Gesetz von 1851. §§. 32. 34. Sehr getadelt wird die Gleichstellung von Abegg II. Beil.-Heft zum Archiv von 1851 u. Mittermaier in Goltdammers Archiv Bd. VII. p. 32.

[2]) Berner, Grds. des preuß. St.R. p. 55 f.

[3]) Entwurf von 1853. Art. 39. 43.

[4]) Gesetz von 1861 Art. 49. 52. 53. 1. u. 55.

[5]) Diebstahlsnovelle 25/3 1816 Art. XI. Verhandl. d. G.A. d. II. Kammer 1859. Bl. B. II. p. 181 ff.

[6]) Schon in den Motiven zum Entwurf von 1851 ist p. 486 auch das Moment hervorgehoben, daß der Angegriffene durch seinen vorhergehenden Angriff nicht mehr den vollen Schutz verdiene.

[7]) Gesetz von 1861. Art. 72.

derung derselben im Verhältniß der bei geminderter Zurechnung eintretenden Milderung.[1]) Der Erregtheit ist aber durch die Straflosigkeit Vorsorge getroffen. Die Milderung ist daher nur im Angriff begründet. Die Verübung einer widerrechtlichen Handlung von Seiten eines Dritten mindert aber offenbar die Schuld des Verbrechers nicht.

Strafschärfung.

Consequent sollte die Strafschärfung so weit ausgedehnt werden, als wie die Strafmilderung. Im Interesse der Humanität liegt aber das Aufgeben dieser Consequenz.[2]) Dieß wird jedoch nicht allseitig zugestanden. Wenn man auch nicht mit Roßhirt über die Regeln des Anstandes rechten will, wornach es schon dem Richter geboten sei, den Worten des Gesetzes keine neue Stachel einzusetzen[3]), so theilen doch viele seine Ansicht, daß eine Schärfung nur in äußern Zusätzen nur ausnahmsweise im Uebergang zu einer höhern Gattung bestehen solle.[4]) Zum Theil ist noch Feuerbachs Ansicht, daß der Gesetzgeber immer den härtesten Fall vor Augen habe, maßgebend. Auch Berners Ansicht[5]), es behalte das Verbrechen beim Obwalten von Schärfungsgründen doch immer die Qualität desselben Verbrechens, der gemäß der Gesetzgeber die Strafe bestimmt habe, führt darauf zurück, daß er, den härtesten Fall vor Augen, schon das Maximum der Strafart drohe. Was aber die Gesetzgebungen betrifft, so verliert das Schärfungsrecht im Allgemeinen immer mehr an Terrain und wird mehr und mehr in den speziellen Theil gedrängt, indem theils bei einzelnen Verbrechen bestimmte Schärfungsgründe angeführt werden, theils diesen Rücksichten durch Festsetzung höherer Stufen bei bestimmten Verbrechen genügt wird, während von allgemeinen Schärfungsgründen meist nur der Rückfall zugelassen, sonst nur Erhöhung der Strafe innerhalb des Strafrahmens und die Beifügung von Nebenstrafen gestattet wird.[6])

Das Gesetzbuch von 1813 hatte in ganz richtiger Weise den Begriff der Milderung und der Schärfung als eine Abweichung von der gesetzlichen Strafe bezeichnet, die also zum Unterschiede von der Strafzumessung in der Aenderung der absoluten Strafe oder im Ueberschreiten des Strafrahmens bestehe.[7]) Obwohl ein solches Ueberschreiten, der Uebergang zu einer höhern Gattung, im Gesetzbuch von 1813 bei allen Fällen der Konkurrenz (realer[8]) und idealer Konkurrenz.

---

[1]) Gesetz von 1861 Art. 73. Constatirt wird dieser Milderungsgrund durch die Geschwornen Art. 22 des Einführungsgesetzes.

[2]) Dieser Ansicht Köstlin, System p. 600.

[3]) Roßhirt, Entwicklung 2c. p. 53.

[4]) Heffter, Lehrbuch §. 155. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 157.

[5]) Berner, Lehrbuch §. 138. 2.

[6]) Hierüber Köstlin, System p. 620.

[7]) Gesetzbuch von 1813. Art. 95. 97. Anm. zum Thl. I. Bd. I. p. 237 ff.

Konkurrenz [1]), sowie beim fortgesetzten Verbrechen [2]) ausdrücklich ausgeschlossen wurde, so blieb dennoch im Widerspruch mit der gesetzlichen Definition die Konkurrenz unter die Schärfungsgründe gestellt. [3]) Der Uebergang zur höhern Strafart war zwar im Entwurf von 1810, wenn auch mit Beschränkung (bis zu Zuchthausstrafe von 20 Jahren) zugelassen. [4]) Es war dieß jedoch nur eine Folge der unbedingten Annahme des Kumulationsprinzips, das nothwendig zu dem Uebergang zur höheren Strafart und in Folge dessen factisch zu demselben Resultate führte, wie wenn die Konkurrenz wirklich ein Schärfungsgrund wäre.

Diese Steigerung der Strafen, welche auf die Zunahme der Intensität der Strafübel durch die Continuität keine Rücksicht genommen, wurde aus diesem Grunde abgeworfen und daher der Uebergang zur höhern Strafart ausgeschlossen. Die bei der Konkurrenz eintretende Schärfung besteht daher nach dem Gesetzbuche von 1813 nur in äußerlichen Zusätzen, und es steht das Gesetz mit sich selbst um so mehr im Widerspruch, als nach Art. 95 Nr. 2 die Befugniß die Strafe durch äußere Zusätze, soweit dieselben bei jeder Strafart gesetzlich zugelassen, zu verschärfen, in das Gebiet der Zumessung gehört, abgesehen davon, daß es sich bei der Konkurrenz nur um einen Ersatz der ausfallenden Strafen handelt. Die erwähnte Bestimmung führte zu der Ansicht, daß bei der Konkurrenz immer auf das Maximum zu erkennen sei, da eben die Anwendung der Schärfung die vorgängige Anwendung des Maximums zu erfordern schien. In Folge dessen wurde die Konkurrenz durch allerhöchste Rescripte vom 14. März 1814 und vom 4. März 1816 ausdrücklich unter die straferhöhenden Gründe (der Art. 90—95) eingereiht, so daß sie durch Milderungsgründe auch vollständig aufgewogen werden könne. [5])

Im württembergischen, badischen, hannöverschen und den beiden sächsischen Strafgesetzen wurde ein Vermittlungssystem zwischen der Cumlation und der Absorption eingeschlagen. Man wollte einerseits der übermäßigen Steigerung der Intensität der Strafen durch die Continuität derselben, andererseits dem Freibriefe, der sich aus der ausschließlichen Bestrafung des schwersten Verbrechens für die übrigen konkurrirenden Verbrechen ergebe, begegnen. [6]) Es wurde daher zuerst Erhöhung innerhalb der Strafrahmen, dann Verbindung von äußerlichen Zusätzen mit dem Maximum, und für den Fall, daß

---

[1]) Gesetzb. Art. 110. Abs. 2.

[2]) Gesetzb. Art. 110. Abs. 1.

[3]) Gesetzb. Art. 107. Für manche Delicte enthält das Gesetzbuch besondere Vorschriften. Anm. p. 253.

[4]) Anmerkungen zu Thl. I. d. St.G.B. v. 1813. Bd. I. p. 255.

[5]) Lithographirte Rescriptensammlung Nr. 36. 130. Gönner und Schmidtlein, Jahrbücher Bd. I. p. 161 ff.

[6]) Württemberg Art. 115—118. Hepp, Commentar p. 795 ff. Hannover Art. 108. Leonhardt, Commentar ꝛc. p. 451. Baden §. 173. 174. Thilo, Commentar p. 180 ff. Sachsen Gesetz von 1838. Art. 49. 52. 53. Gesetz v. 1855. Art. 78. 81.

dieß nicht ausreiche, der Uebergang zur höhern Gattung vorgeschrieben. Mit dem Uebergang zur höhern Strafart ist aber eine Reduction der durch die Cumulation sich ergebenden Zeitdauer verbunden, indem die verschiedenen Freiheitsstrafen in ein gewisses Werthverhältniß gebracht sind. Der Uebergang selbst ist aber zum Theil noch dadurch aufgehalten, daß die Dauer einzelner Freiheitsstrafen für die Konkurrenz verlängert ist. So erstreckt das württembergische Gesetz die Gefängnißstrafe bis auf 6 Jahre[1]), das badische die Zuchthausstrafe bis auf 30 Jahre.[2]) Der Uebergang zur Todesstrafe ist durchaus ausgeschlossen, das badische Gesetz untersagt auch den zur lebenslänglichen Zuchthausstrafe ausdrücklich[3]), und das sächsische Gesetz von 1855[4]) gestattet eine Erhöhung nur bis auf das Doppelte der Strafe des schwersten Verbrechens, jedoch darf der Höchstbetrag der Freiheitsstrafe nicht überschritten werden. Hinsichtlich der idealen Konkurrenz huldigen alle diese Gesetzgebungen dem Absorptionssystem, indem sie Verhängung der schwersten Strafe und höchstens eine Schärfung durch äußerliche Zusätze verfügen.[5]) Eine solche Schärfung gestattet das württembergische Gesetz[6]) auch beim fortgesetzten Verbrechen, während das bayrische Gesetzbuch von 1813[7]), sowie das hannöversche[8]) und badische[9]) hierin nur einen Erhöhungsgrund erblicken.

Daß in der Gestaltung des Uebergangs der Strafe zur höhern Gattung wirklich die Konkurrenz zu einem Schärfungsgrunde erhoben ist, da in der That eine höhere, als durch irgend eines der zusammentreffenden Verbrechen verwirkte Strafe verhängt wird, läßt sich nicht in Abrede stellen. Die Schärfung durch äußerliche Zusätze wird von Manchen nur als Erhöhung,[10]) von Manchen als wirkliche Schärfung angesehen.[11]) Für die Frage selbst, ob die Konkurrenz als Schärfungsgrund geltend gemacht werden könne oder nicht, ist nicht der Grad der Erhöhung, sondern der Grund derselben maßgebend. Dieser ist aber in allen Gesetzgebungen kein anderer als das Bestreben, die Strafen

---

[1]) Württemberg Art. 115.

[2]) Baden §. 174. Thilo p. 181 l. c.

[3]) Baden Art. §. 174.

[4]) Sachsen Art. 78.

[5]) Bayern 1813. Art. 110. 2. Württemberg 122. Baden §. 171. Sachsen 77.

[6]) Württemberg Art. 122.

[7]) Bayern 110. 1.

[8]) Hannover 105.

[9]) Baden §. 180.

[10]) Bauer, Anmerkungen zum hannöverschen Entwurf v. 1826 p. 563 bis 565, die gesetzlich zuläßigen Schärfungen seien in der Androhung einer gewissen Gattung inbegriffen. Im Hinblick auf positive Gesetzgebungen ist dieß richtig. Hepp, Komm. p. 801. Die Schärfungen wegen Konkurrenz seien nur Surrogatübel.

[11]) Leonhardt, Kommentar zum hannöv. G. 415 u. 416. es sei eine

der zusammenfallenden Verbrechen in möglichst zweckmäßiger Weise zu combiniren. Hiezu dient die Schärfung als Mittel.

Das preußische Gesetz vom Jahr 1851 hatte für die ideale Konkurrenz die reine Absorption, für die reale die Cumulation, jedoch mit gewissen Beschränkungen aufgestellt.[1]) Letztere Bestimmung wurde durch Gesetz vom 9. März 1853 aufgehoben.[2]) Anstatt der Cumulation kann bei Freiheitsstrafen demnach die Dauer bis auf das Maß der für die schwersten Verbrechen oder Vergehen bestimmten Freiheitsstrafe herabgesetzt werden. Schon die bayrischen Entwürfe von 1851 und 1853 hatten die Konkurrenz unter die Erschwerungsgründe verwiesen.[3]) Da man aus dem Gesetze alle Zumessungsgründe entfernt wissen wollte, so ist die Anführung der Konkurrenz als eines Erschwerungsgrundes schon aus dem Entwurf von 1860 ausgefallen.[4])

Rückfall. Von Wichtigkeit für den Begriff und noch mehr für die Bestrafung des Rückfalls in den neueren Gesetzgebungen war das französische Recht. Wurden zwar die Grundsätze des Code pénal in keiner der Gesetzgebungen vollständig durchgeführt, so ist doch die völlige Abweichung in der Behandlung des Rückfalls vom gemeinen Rechte wesentlich dem Einflusse des französischen zuzuschreiben.

Abweichend von deutschen Gesetzen und Rechtsgewohnheiten verstand man in Frankreich schon unter der Herrschaft der Ordonnanzen von 1670 und 1721 unter Rückfall die wiederholte Verübung eines Verbrechens nach erfolgter Bestrafung wegen irgend eines Verbrechens, also gleichviel, ob derselben oder anderer Art.[5]) Im Jahre 1791 wurde als Rückfallsstrafe die Deportation ausgesprochen, wegen der damaligen Unausführbarkeit aber durch die Brandmarkung ersetzt.[6]) Das ganz auf Abschreckung beruhende Prinzip erhielt seine feinere Ausbildung im Code pénal von 1810. Prinzip wurde der Uebergang zur nächst höheren Strafart selbst bis zur Todesstrafe an Stelle der durch das verübte zur Aburtheilung vorliegende Verbrechen verwirkten Strafe. Es tritt also z. B. wenn das zweite den Rückfall bildende Verbrechen Reclusion nach sich ziehen würde an Stelle derselben zeitwierige Zwangsarbeitsstrafe.[7])

---

[1]) Preußisches Strafg. 1851. §. 56.

[2]) Gräff und Rönne, Ergänzungen zum preußischen Strafgesetz zu §. 56. Goltdammer, Archiv I. 99.

[3]) Motive zum Entwurf von 1851 p. 486.

[4]) Verhandlungen d. G.A. d. II. Kammer 1856. Bd. I. p. 56. 235.

[5]) u. [6]) Chauveau, Théorie du Code pénal I. 387. Morin, Dictionnaire du droit criminel s. v. récidive.

[7]) Art. 56 des Code pénal von 1810. Mittermaier in Feuerbachs Lehrbuch §. 132. a. n. 14 sagt, es werde die Todesstrafe erkannt, wenn ein zu lebenslänglicher Zwangsarbeit Verurtheilter wieder ein Verbrechen verübe. Die Sache verhält sich gerade umgekehrt. Wenn der wegen eines Verbrechens schon einmal Verurtheilte ein neues mit lebenslänglicher Zwangsarbeitsstrafe bedrohtes Verbrechen begeht, so tritt Todesstrafe ein. Nicht die bereits verhängte, sondern die erst zu verhängende Strafe wird gesteigert. Unrichtig ist daher auch die an

Diese außerordentliche Härte erregte allgemeine Empörung. Die Revision von 1832 führte einige, jedoch nicht ausreichende Verbesserungen herbei. Das ursprüngliche Prinzip wurde in den §§. 4 und 5 des Art. 56 insofern durchbrochen, als bei der Detentions- und der zeitwierigen Zwangsarbeitsstrafe nicht mehr die Gattung, sondern die Dauer geändert wird. Bezüglich der übrigen Strafen ist das frühere System beibehalten. Eine bedeutende Milderung trat noch durch die veränderte Redaktion der Anfangsworte des Art. 56 ein, in dem statt der Worte: „Quiconque ayant été condamné pour un crime" die Worte „Quiconque ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante" gewählt wurden. Hiedurch wurde die vorgängige criminelle Bestrafung Voraussetzung des Eintritts der Rückfallsstrafe, während vor der Revision von 1832 die ursprüngliche Qualifikation der verbrecherischen That maßgebend war, demnach die Rückfallsstrafe auch eintreten konnte, wenn wegen Milderungsgründen nur correctionell gestraft worden war. Der Uebergang zur Todesstrafe wurde auf jene Fälle beschränkt, in welchen wegen der ersten die Basis des Rückfalls bildenden That sowohl als wegen der zweiten lebenslängliche Zwangsarbeitsstrafe verwirkt worden war. Weiteren Anforderungen auf Milderung glaubte man durch die Hinweisung auf die mildernden Umstände, deren Anwendbarkeit durch die Revision auch auf den Rückfall ausgedehnt wurde, entsprechen zu können.[1])

Die französische Jurisprudenz aber hatte sich schon längst von der Theorie des Code pénal losgesagt. Schon Carnot wies in seinem 1824 edirten Kommentar zum Code pénal die Verletzung des „ne bis in idem" nach[2]) und bestritt die Eigenschaft des Rückfalles als eines Schärfungsgrundes, weil er mit der abzustrafenden Handlung in keinem Zusammenhange stehe. Auch bei der Revision von 1832 wurde, wie erwähnt, das System des Code pénal verworfen und eine Aenderung desselben nur im Hinblick auf den Einfluß der mildernden Umstände unterlassen. Chauveau[3]) sieht im Rückfall

---

demselben Orte aufgestellte Behauptung, daß der schon zu lebenslänglicher Zwangsarbeit Verurtheilte wegen des kleinsten Vergehens zum Tod verurtheilt werden könne. Die Revision von 1832 hat zudem noch eine weitere Voraussetzung für den Eintritt der Todesstrafe eingeschaltet, nämlich daß auch das erste Verbrechen schon mit lebenslänglicher Zwangsarbeitsstrafe belegt war. Man wollte eben den aus dem Bagno entsprungenen, auf Lebenszeit schon verurtheilten Sträfling nicht für alle nicht an und für sich todeswürdigen Verbrechen straflos wissen. Dieß entschied auch bei der Revision für die Beibehaltung der Todesstrafe. Allerdings kann dennoch der Fall eintreten, daß ein auf Lebenszeit Verurtheilter wegen einer an sich nicht so außerordentlich strafbar scheinenden Handlung zum Tod verurtheilt wird z. B. wegen Diebstahl auf offener Straße nach Untergang der Sonne. Hierauf setzt aber eben der Code pénal lebenslängliche Zwangsarbeit. Das liegt also in der Härte des Code pénal selbst.

[1]) Chauveau, Code pén. progr. p. 180 ff.

[2]) Carnot, Commentaire . . . I. p. 108.

[3]) Chauveau, Code pénal progressif p. 181. Chauveau, Adolphe et Faustin. Hélie. Théorie du Code pénal. I. p. 390—393.

nur einen Erschwerungsgrund, insofern derselbe eine höhere subjektive Strafbarkeit vermuthen lasse, sich eine gewisse Gewohnheit zu erkennen gebe. Die Präsumtion der Gewohnheit findet er aber nur zulässig bei Idendität der Verbrechen. Letztere sei aber auch vorhanden, wenn nur die Quelle der Verderbtheit eine gemeinsame sei, also z. B. zwischen den Verbrechen gegen das Eigenthum.

Demnach diente der Code pénal auch noch später in mancher Hinsicht zum Vorbild.

Während das östreichische Gesetzbuch von 1863 den Rückfall nur als Erschwerungsgrund kennt[1]), ist im bayrischen Gesetzbuch von 1813 die Abschreckungstheorie ziemlich stark in den Bestimmungen über den Rückfall ausgeprägt. Beschränkt ist zwar der Rückfall auf Verbrechen derselben Art, wie dieß durchgängig in den sich an das Gesetzbuch anschließenden Strafgesetzen der Fall ist. Die Verübung irgend eines andern Verbrechens nach erfolgter Bestrafung wurde daher im bayrischen Strafgesetzbuch wie in andern nach einem neuen Ausdrucke als uneigentlicher Rückfall vom eigentlichen unterschieden. Den Uebergang zur Todesstrafe gestattet das Gesetzbuch von 1813 nicht. Abgesehen von Bestimmungen bei einzelnen Delicten haben sich alle deutschen Gesetzgebungen davon ferngehalten. Außerdem ist der Uebergang zur höhern Strafgattung gestattet, jedoch nicht unbedingt. Prinzip ist zwar die Verbindung der erlittenen Strafe mit der neu erwirkten.[2]) Der Uebergang tritt aber erst ein, wenn durch die Verbindung das gesetzliche Maximum der Freiheitsstrafe überschritten ist, ein Fall, der sich bei den ziemlich engen Strafspatien leicht ergibt.[3]) Ein direkter Uebergang findet statt von Zuchthausstrafe auf bestimmte Zeit zu Zuchthausstrafe auf unbestimmte, von letzterer zu Kettenstrafe.[4])

Dieser Härte suchten die Anmerkungen allerdings in ziemlich willkührlicher Weise abzuhelfen. Ihrer Interpretation zu Folge[5]) liegt ein Verbrechen derselben Art vor, wenn beide Handlungen nach ihren Momenten zu derselben Spezies von Verbrechen gehören, gleichviel wie sehr verschieden hinsichtlich der Form, sowie anderer Modifikationen der Verschuldung, also gleichviel, ob das eine oder das andere Mal Versuch, Theilnahme, irgend ein höherer oder niederer Grad vorgelegen. Insofern enthält diese Interpretation eine Ausdehnung des Gesetzes, eine Beschränkung liegt aber insofern darin, daß auch die Strafbarkeit nur in dem Maße vorhanden sein solle, in welchem beide

---

[1]) Oestreich 1803. §. 37. Deßgleichen im Gesetz von 1852. Beide kennen den Unterschied von Erhöhungs- und Schärfungsgründen nicht. Hye v. Gluneck d. Strafgesetz v. 1852 p. 466 ff. der Rückfall komme mehr als negativer Milderungsgrund in Betracht.

[2]) Gesetzbuch v. 1813. Art. 112.

[3]) Gesetzbuch Art. 112. Eine Beschränkung war für Vergehen getroffen. Nach Art. 113 soll die Strafe bei nur mit 6 Monaten strafbaren Vergehen die Erhöhung von 2 Jahren Gefängniß nicht übersteigen.

[4]) Gesetzbuch Art. 114.

[5]) Anmerkungen zu Thl. I. des Strafgesetzbuches Bd. I. p. 265 ff.

den Rückfall constituirende Verbrechen Delicte „derselben Art" — identisch seien. Dieses Prinzip der sogenannten respektiven Identität wurde nun weiter verfolgt und aus der Bestimmung des Art. 112. §. 2, daß, wenn das zuletzt begangene Verbrechen an sich schwerer zu bestrafen sei als das erste, mit der Strafe der letzten die der ersten Uebertretung zu verbinden sei, für den entgegengesetzten Fall die Consequenz gezogen, es müsse, wenn das zweite Verbrechen geringer zu strafen sei als das erste, die Strafe des letzten zur Grundlage genommen und verdoppelt werden.[1] Dieser Grundsatz wurde nun von den Anmerkungen auch auf den zweiten und dritten Rückfall ausgedehnt und gab in Folge der Unbestimmtheit des Gesetzes und der Willkührlichkeit der Interpretation der Anmerkungen Anlaß zur größten Verwirrung in der Praxis.[2] Dazu kam noch die Lücke, welche das Gesetzbuch durch die Beschränkung des Rückfalls auf die Verübung nach erlittener Bestrafung zwischen Konkurrenz und Rückfall gelassen, woraus sich wieder eine Reihe von Controversen ergab.[3])

Obwohl der oberste Gerichtshof schon in den Jahren 1817 und 1819 darauf angetragen hatte, es solle der Rückfall nur mehr als Erschwerungsgrund gelten[4]), und dieß auch im Entwurf von 1822 angenommen wurde, blieb die Auffassung des bayrischen Gesetzbuchs doch noch für die nächsten Gesetzgebungen maßgebend. Dennoch zeigt sich ein stufenweises Herabsinken der Bestrafung. Das Strafgesetz für Hannover schließt sich hinsichtlich derselben noch ziemlich enge an das bayrische an. Der Uebergang zur höheren Strafart ist wie im bayrischen Gesetzbuch ein subsidiärer, erstreckt sich aber auch auf die entehrenden Strafen, sowie auf die lebenslängliche Freiheitsstrafe.[5]) In Würtemberg knüpfte man an die Praxis an, welche aus dem Art. 162 der P.G.O. einen allgemeinen Strafschärfungsgrund gebildet hatte.[6]) Hier wie in Hannover wurde als Prinzip aufgestellt, daß die für das zu ahndende neue Verbrechen verwirkte Strafe die Basis der Rück-

---

[1]) Anmerkungen l. c. 268. 269.

[2]) So entwickeln die Anmerkungen auch aus dem Prinzip der respektiven Identität gegen den Wortlaut des Gesetzes für den Art. 114 Abs. 2, nämlich für den Eintritt der Kettenstrafe das Erforderniß, daß auch die zweite That Zuchthaus nach sich ziehen müsse. Anmerkungen Thl. I. Bd. I. l. c. Zu Rhein, Zeitschrift I. 151—194.

[3]) Arnold im Archiv Jahrgang 1844 p. 198. Die Lücke bestand darin, daß Verbrechen, die nach rechtskräftigem Urtheile vor erlittener Strafe begangen worden, weder unter die Konkurrenz noch unter den Rückfall fallen, nicht unter die Konkurrenz, weil nach Art. 108 des Gesetzbuchs von demselben Gericht und in einem und demselben Urtheil zu erkennen ist. Für den Fall, daß noch nicht rechtskräftig entschieden war, war durch Wiederaufnahme der Untersuchung gesorgt.

[4]) Gönner, Motive zum Entwurfe von 1822.

[5]) Hannover Art. 115. Leonhardt, Commentar p. 500—504. Da das Ermessen der Richter ein sehr freies, so komme es, daß verschiedene Gerichte dem Rückfall verschiedenes Gewicht beilegten.

[6]) Hepp, Commentar zum württembergischen Gesetz p. 905.

fallsstrafe bilden solle[1]), aber beiderseits dasselbe dennoch durch Gestattung des Uebergangs zur höheren Strafart verletzt. Jedoch ist die Erhöhung der Strafe im württembergischen Gesetz insoferne beschränkt, als eine nicht mit Ehrenfolgen verknüpfte Strafe nicht zu einer solchen, mit welcher Ehrenstrafen verbunden wären, gesteigert werden darf.[2]) Der Uebergang zur lebenslänglichen Zuchthausstrafe ist beschränkt durch die Voraussetzung, daß das Verbrechen an sich mindestens 20 Jahre Zuchthaus nach sich zieht.[3]) Beschränkter ist die Wirkung im badischen Gesetz. In der Erwägung, daß der Rückfall die eigenthümliche Natur des Verbrechens nicht ändere, wurde, abgesehen von Ausnahmen bei einzelnen Delicten, der Uebergang zur höhern Gattung ausgeschlossen. Aehnlich wie bei der Konkurrenz wurde aber die Dauer einzelner Freiheitsstrafen zum Zweck der Bestrafung des Rückfalls verlängert.[4]) Das Kriminalgesetzbuch für Sachsen vom Jahr 1838 gestattet die Erhöhung bis zum doppelten Strafmaße[5]), das preußische nicht über die Hälfte des Maximums, mit Beschränkung der Dauer auf 20 Jahre bei den höheren Freiheitsstrafen und auf 5 Jahre bei Gefängnißstrafe.[6]) Das sächsische Gesetzbuch von 1855 läßt nur mehr Erhöhung bis zum Maximum der Freiheitsstrafe und äußerliche Schärfung zu.[7]) Der Grundsatz, den schon die bayrischen Entwürfe von 1822, 1827 und 1831[8]) angenommen hatten, daß der Rückfall nur mehr als Erschwerungsgrund in Betracht kommen solle, wurde durch Gesetz vom 29. August 1848 sanctionirt.[9]) Dieser Ansicht schlossen sich die Entwürfe von 1851 und 1853 an.[10]) Im Entwurf von 1860 und im Gesetz von 1861 fiel jede allgemeine Bestimmung über den Rückfall aus, weil er als bloßer Zumessungsgrund nicht in das Gesetz gehöre, da es hierüber keine Regeln geben wolle.[11])

Ueber die Voraussetzungen des Rückfalls herrscht auch wenig Uebereinstimmung. Das württembergische Gesetz beschränkt ihn auf Verbrechen gleicher Art. Welche Verbrechen als gleichartig aufzufassen, ist im speziellen Theil bei den einzelnen Verbrechen bestimmt,

---

[1]) Leonhardt l. c. Hepp l. c. 879.
[2]) Württemberg. Gesetz Art. 127.
[3]) Württemberg Art. 127.
[4]) Baden Art. 187. 188. Thilo, Commentar 192—205.
[5]) Sachsen 1838. §. 58.
[6]) Preußen §§. 58. 59.
[7]) Sachsen 1855. §. 82.
[8]) Entwurf v. 1822. Art. 92. 1827. Art. 87. 1831. 114.
[9]) Gesetz v. 29. Aug. 1848. Art. 2.
[10]) Entwurf von 1851. Art. 100. 1853. 92.
[11]) Verhandlungen d. Gesetzgebungsausschusses d. II. Kammer 1856. Bd. I. 57. 238. Bei einzelnen Delicten gilt der Rückfall im bayr. Str.G. vom 10. Nov. 1861 als Schärfungsgrund z. B. bei Körperverletzung und Schlägerei 242; Diebstahl, Raub und Hehlerei (bilden die Basis des Rückfalls für Diebstahl) 276. Deßgleichen für Raub 301; dann beim Betrug Art. 319.

in einzelnen Fällen ist jedoch die Gleichartigkeit auch auf die Gattung ausgedehnt.[1]) Das hannöversche und sächsische Gesetz von 1855 geben für die Gleichartigkeit allgemeine Gesichtspunkte; das hannöversche legt das Kriterium in die an den Tag gelegte rechtswidrige Gesinnung und Neigung[2]), das sächsische in den gemeinsamen Ursprung aus denselben Triebfedern.[3]) Dieß ist nach dem Gesetzbuch der Fall, wenn die Verbrechen ihrem Begriff nach auf Gewinnsucht oder auf Befriedigung des Geschlechtstriebs beruhen.[4])

Einen andern Weg schlagen die Strafgesetze von Sachsen von 1838, Hessen und Baden ein. Sie stellen eine Reihe von Kategorien von Verbrechen auf, welche unter sich die Rückfallsstrafe begründen.[5]) Solche sind sind z. B. Diebstahl, Veruntreuung, Betrug und Fälschung, Raub und Erpressung, Mord und Vergiftung, Unzucht und Nothzucht u. s. w. Es beruht dieß auf der Annahme, daß sich in der Verübung solcher Verbrechen ein gewisser Hang zur Lasterhaftigkeit zeige. Es wird aber mit Recht dagegen eingewendet, daß dasselbe Verbrechen unter den verschiedenartigsten Umständen begangen werden kann, welche eine derartige Präsumtion als unbegründet erscheinen lassen. Außerdem hat die Aufstellung abstracter Gruppen von Verbrechen, die nach der Annahme des Gesetzes aus zur Gewohnheit werdenden Neigungen entspringen, viel Willkührliches an sich, das mit der Wirklichkeit in vielen Fällen im schroffsten Widerspruch stehen kann.[6]) Die Präsumtion der größern Intensität des verbrecherischen Willens, welche die Erhöung der Strafe wegen Rückfalls rechtfertigt, wird dadurch zur Fiktion. Das preußische Gesetz beschränkt den Rückfall auf dasselbe Verbrechen und hat nur Abweichungen im speziellen Theil, worauf Raub für Diebstahl, aber nicht umgekehrt die

---

[1]) Württemberg Art. 124. Hepp p. 876.
[2]) Hannover Art. 111. 2.
[3]) Sachsen 1855. Art. 83.
[4]) Sachsen 1855. Art. 83.
[5]) Diese Gruppen sind folgende:

a) Sachsen 1838. Art. 59. 3. Diebstahl, Veruntreuung, Betrug, Fälschung, Erpressung. Hiezu Hessen 94. 7 noch Raub, Wilderei und Hehlerei. Baden 113. zu den von Sachsen aufgenommenen Raub.
b) Unzucht und Nothzucht. Sachsen 59. 1. Hessen l. c. Baden 183. 4. Hessen 94. 5, fügt hinzu Ehebruch, Bigamie und Entführung.
c) Verfälschung falschen Gelds und falscher Creditpapiere. Sachsen 59. 4. Baden 183. 3.
d) Kindsmord, Abtreibung, Aussetzung. Hessen 94. 2.
e) Mord und Vergiftung. Hessen 94. 3.
f) Todschlag, Körperverletzung und Theilnahme an Raufhändeln. Hessen und Baden l. c.
g) Falsche Anzeige und Verläumdung. Hessen 94. 6.
h) Brandstiftung und Eigenthumsbeschädigung. Hessen und Baden l. c.
i) Meineid und Eidesbruch. Hessen 94. 9.
k) Wilderei und Wilddieberei, Landstreicherei und Bettel, Widersetzlichkeit und Gewaltthätigkeit und Aufruhr. Baden l. c.
l) Amtsverbrechen aus Eigennutz. Baden l. c.

[6]) Köstlin, System 623. 624 spricht herben Tadel aus.

Rückfallsstrafe begründet.[1]) Das bayrische Gesetz vom 29. Aug. 1848 ließ mit der Annahme des Rückfalls als eines bloßen Erschwerungsgrundes auch die Unterscheidung zwischen eigentlichem und uneigentlichem Rückfall fallen.[2])

Theilnahme und Versuch begründen in allen Gesetzgebungen Rückfall wie die Vollendung.[3]) Auf dolose Verbrechen beschränkt das Gesetzbuch von 1813 den Rückfall.[4]) Manche Gesetzgebungen wichen davon ab, so wie die württembergische.[5]) Bestritten ist, ob fahrlässige Delicte untereinander, sowie ob dolose mit fahrlässigen, so, daß entweder das dolose vorausgeht und das fahrlässige folgt oder umgekehrt, die Rückfallsstrafe begründen. Das sächsische Gesetz von 1855 schließt den Rückfall bei fahrlässigen Verbrechen ausdrücklich aus.[6]) Allerdings wäre für den wegen eines culposen Delictes Bestraften die Mahnung begründet, den Forderungen des Gesetzes mehr Achtsamkeit zu schenken. Allein der fortgesetzte Leichtsinn gibt doch keinen Grund zu der Annahme einer größern Stärke des verbrecherischen Willens. Eben so wenig kann dieß angenommen werden, wenn der wegen eines dolosen Verbrechens Bestrafte ein fahrlässiges Delict verübt, da eben die Wiederholung nicht absichtlich geschieht. Auch die dolose Verübung des früher fahrlässig begangenen Delictes erlaubt keinen Schluß auf eine Steigerung des verbrecherischen Willens, da sich derselbe ja erst in dem später begangenen Verbrechen gezeigt hat.

Wenig Uebereinstimmung herrscht auch hinsichtlich der zweiten Voraussetzung des Rückfalls, der erfolgten Bestrafung. Vollständige Abbüßung verlangte das Gesetzbuch von 1813.[7]) Hiedurch ergab sich die Controverse, ob der Rückfall durch die Begnadigung ausgeschlossen werde. Diese sowie die weitere Streitfrage, ob die theilweise Erstehung der Strafe genüge, entschieden die Anmerkungen bejahend[8]), allerdings im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes. Hinsichtlich der Begnadigung war sich zwar das Gesetzbuch selbst nicht consequent geblieben, indem der Uebergang von der Zuchthausstafe auf unbestimmte Zeit zur Kettenstrafe eine in Mitte liegende Begnadigung voraussetzte.[9]) Theilweise Abbüßung fordern die Gesetze von Hannover, Hessen und Sachsen vom Jahre 1838.[10]) Nach dem

---

[1]) Preußen. §. 58. Der Entwurf von 1843 hatte gleichfalls die Spezialisirung.

[2]) Gesetz v. 29. Aug. 1848. Art. 2. Deßgleichen die Entwürfe von 1851 und 1853 l. c.

[3]) Bayern 1813. Anmerkungen zum Thl. I. d. St.G.B. Bd. I. 266. 267. Württemberg §. 125. Preußen §. 59. Baden §. 184.

[4]) Gesetzbuch 1813. Art. 111.

[5]) Württemberg. Hepp, Kommentar 870.

[6]) Sachsen 1855. §. 83. Dagegen nach hannöverschem St. Leonhardt I. 486.

[7]) Gesetzbuch 1813. Art. 111.

[8]) Anmerkungen Thl. I. des St.Gb. I. 265. Nach Arnold Archiv 1844 p. 198 hielt sich die Praxis an das Gesetz.

[9]) Art. 114. 2.

Vorgange des Code pénal genügt die Verurtheilung den Gesetzbüchern von Würktemberg, Baden und Preußen; deßgleichen dem bayrischen Gesetze vom 29. August 1848.[1]) Von diesen setzt das bayrische Gesetz schlechthin die Verurtheilung voraus, während das badische, württembergische und preußische die rechtskräftige Verurtheilung, Baden sogar die Publikation verlangen.[2]) Auch darüber besteht keine Einigkeit, ob auch Verurtheilungen ausländischer Gerichte als Basis der Rückfallsstrafe dienen können. Ausdrücklich ausgeschlossen sind sie im württembergischen und preußischen Gesetz, ausdrücklich zugelassen im hessischen und badischen.[3]) Letzteres überträgt dem einheimischen Richter sogar die abermalige Prüfung des Urtheils des ausländischen Gerichts.

Besondere Rücksicht ist in einzelnen Gesetzgebungen noch auf den Zwischenraum, durch welchen die den Rückfall bildenden Verbrechen getrennt sind, genommen. So erwähnt das württembergische und hannöversche Gesetz als für die Ausmessung zu berücksichtigende Momente Zahl und Größe der vorausgegangenen Strafen, gänzliche oder theilweise Erstehung, Dauer des Zwischenraums.[5])

Eine besondere Verjährung des Rückfalls kennen das württembergische, sächsische und preußische Gesetz.[6])

Gegenwärtiger Stand der Frage.

Wenn irgend ein Problem des Strafrechts seine Lösung nur auf Grund der Berücksichtigung der Entwicklung, welche dasselbe durch die partikularen Gesetzgebungen erhalten hat, finden kann, so ist dieß vorzugsweise der Fall bei der Lehre von der Strafänderungsbefugniß des Richters — schon wegen des engen Zusammenhanges mit dem Strafsystem, in dem schon das vorige Jahrhundert mit den Traditionen der Vergangenheit gebrochen hatte.

Allgemein anerkannt ist als Aufgabe des Richters „die freie Selbstbestimmung innerhalb des Gesetzes" und in Folge dessen die

---

[1]) Württemberg 124. Baden 184. Preußen 58. Gesetz v. 29. Aug. 1848. Art. 2. Deßgl. Ges. v. 1861. Bei den betreff. einzelnen Delicten Art. 242. 276. 301. 319.

[2]) Baden, Württemberg, Preußen l. c.

[3]) Württemberg 124. Preußen 58.

[4]) Hessen 95. Baden 184.

[5]) Württemberg 127. Hannover 113. Auch das Gesetz vom 29. Aug. 1848 empfiehlt Berücksichtigung des Intervallums.

[6]) Preußen §. 60. Ablauf von 10 Jahren. Württemberg 126. Sachsen 84. Bayr. Ges. v. 1861 kennt eine Verjährung des Rückfalls in [illegible]

Nothwendigkeit der Einräumung eines gewissen Spielraums in den relativ-bestimmten Strafen. Eine Forderung der Consequenz wäre die Verwerfung der absoluten Strafen und die unbedingte Annahme der relativ-bestimmten. Hiemit würde auch die Inconsequenz verschwinden, daß die Momente, welche bei der Bestimmung der Größe der relativ-bestimmten Strafen von größter Bedeutung sind, bei bestimmten ohne allen Einfluß bleiben sollen.

Die Forderung der Relativität des Gesetzes wird nun in neuester Zeit auch auf das richterliche Urtheil erstreckt. Gleichwie das Gesetz für eine und dieselbe Rechtsverletzung ein Maximum und Minimum zulasse und den Richter ermächtige, eine Stufe innerhalb dieser Begränzung zu wählen, so solle auch dem Richter gestattet sein, seinerseits im Urtheil einen relativen Maßstab innerhalb eines möglichen Maximums und eines nothwendigen Minimums festzusetzen. Eine der Verschuldung gänzlich entsprechende Bestimmung der Strafe sei nämlich zur Zeit der Fällung des Urtheils nicht möglich, indem die der Verhandlung einer Strafsache gewidmete Zeit nicht hinreiche, um die Subjektivität des Verbrechers kennen zu lernen, sowie aus der einzelnen That nicht die gesammte innere Natur, die Totalität des verbrecherischen Willens entnommen werden könne. Wie ferner das rechtswidrige Wollen durch äußere Umstände vor der That beeinflußt werde, so müsse auch aus dem Verhalten nach der That, aus dem Benehmen im Gefängnisse, ein Rückschluß auf die innere Freiheit oder Abhängigkeit des verbrecherischen Willens in seinem Verhältnisse zur That gestattet sein. Die Unterordnung des Verbrechers unter den Strafzwang und seine Zugänglichkeit für die bessernden Elemente der Gefängnißzucht ließen erkennen, daß der Wille des Verbrechers ein durch die Verhältnisse zu bestimmender sei, und daher auch die Verschuldung eine geringere gewesen sein könne, während Hartnäckigkeit und Widerspenstigkeit die Selbstständigkeit des Willens gegenüber den Thatsachen und somit die Wahrscheinlichkeit einer größern Verschuldung bekunde. Hinterher also nach genauerer Kenntniß des Charakters des Verbrechers werde das vorläufig nur durch ein Maximum und Minimum abgesteckte Zeitmaß, das vorher nicht genau zu bestimmen war, definitiv festgestellt. Zur Mehrung des vollkommen rechtlichen Charakters dieses Actes solle der Richter diese Feststellung in einer auf Grund der Berichte der Gefängnißbeamten ertheilten Deklaration vornehmen.[1])

Holtzendorff sucht durch diese Argumentation ein Institut theoretisch zu begründen, das vom Standpunkte der Criminalpolitik und der relativen Strafzwecke allerdings die höchste Berücksichtigung in Anspruch nimmt, nämlich die nachträgliche Kürzungsfähigkeit der vom Richter erkannten Freiheitsstrafen, welche sich in zwei Formen äußern

---

[1]) Holtzendorff, die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge &c. 1861, angezeigt von Walther, kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. IV. 1. Heft. p. 94—98. Holtzendorff a. a. O. §. 11. p. 92—101.

kann, als eine bedingte Entlassung auf Widerruf und als unbedingte Entlassung.[1]) Die erste Form, die widerrufliche Entlassung wäre als ein eventuelles Zusatzstadium der Strafe immerhin noch Bestandtheil der Strafe, insofern der Zwang sowohl in der Widerruflichkeit als in der Beaufsichtigung gewahrt bliebe, daher mehr eine Frage des Strafvollzugs und würde somit keinen besondern theoretischen Bedenken unterliegen. Was aber die Form der unbedingten Entlassung betrifft, welche nach Ablauf eines bestimmten Theils der Strafe als Belohnung für gutes Verhalten eintreten soll, so dürften durch Holtzendorffs Argumentation nicht alle Bedenken gehoben sein.

Vorerst unterschätzt Holtzendorff das für die Beurtheilung des Verbrechers bei der Verhandlung der den Gegenstand der Anklage bildenden That vorliegende Material, überschätzt dagegen die Bedeutung des guten Verhaltens während der Strafzeit für die Würdigung der verbrecherischen That. Es ist ja weder die That noch das persönliche Auftreten des Verbrechers allein, was zur Beurtheilung seines Charakters vorliegt; werden die der Verhandlung vorausgehenden Erhebungen mit Sorgfalt gepflogen, wobei hier natürlich vorausgesetzt wird, daß das nur immer Erreichbare geschieht — so sollen alle erhobenen Momente zusammengenommen den Richter in den Stand setzen, sich ein so vollständiges Bild der ganzen Entwicklung des Verbrechers, sowie der Genesis der That zu construiren, daß sich ihm für die Bestimmung der Intensivität des verbrecherischen Willens kein Bedürfniß mehr nach anderweitigen Anhaltspunkten ergibt. Das Leben des Verbrechers vor der That bei ganz freier Bewegung, sowie die Entstehungsgeschichte der verbrecherischen That selbst bilden aber eine entschieden untrüglichere Grundlage für die Würdigung des in die That umgesetzten Willens als das Benehmen des Verurtheilten während der Strafzeit unter dem Druck einer ganz veränderten Lebensstellung und eines jeden Widerstand sofort brechenden Zwanges einerseits und andererseits unter dem Einfluß der Hoffnung, durch gutes Verhalten eine Kürzung der Strafe zu erwirken.

Der Schluß aber, den Holtzendorff von dem Verhalten während der Strafzeit auf das Maß der Verschuldung zieht, ist im höchsten Grade unsicher und trügerisch. Die freiwillige Unterwerfung unter den Strafzwang und die Emfänglichkeit für die Besserungszwecke beruht ebensowenig in allen Fällen auf der Bestimmbarkeit des Willens durch äußere Verhältnisse als der sich gegen die Disciplin auflehnende

---

[1]) Ihren Ursprung hat diese Einrichtung in England, wo sie zuerst als provisorische Entlassung auftritt. Sie wurzelt in England im Begnadigungsrecht und in den Formen, unter welchen die Transportationsstrafe vollzogen wurde. Daneben entwickelte sich eine bedingte Beurlaubung, die später für die bedingte Begnadigung Vorbedingung wurde. Durch Parlamentsbeschlüsse von 1853 und 1857 wurde die Ertheilung von Urlaubsscheinen als Kronrecht, das von einem Hauptstaatssekretär ausgeübt wird, erklärt. Die historische Begründung bei Holtzendorff a. a. O. p. 12—22. Besprochen wurde sie auf dem

Trotz jedesmal auf der Selbstständigkeit des Willens gegenüber von den äußern Verhältnissen. Mit diesen falschen Voraussetzungen fallen natürlich auch die weitern Folgerungen weg. Der Wille des Verbrechers kann ein recht starker und unbeugsamer sein, und sich der Verbrecher dennoch der Disciplin gutwillig unterwerfen; er kann im Gegentheil höchst schwach sein und der Verbrecher dennoch in beständigem Conflict mit der Gefängnißordnung leben. Der leidenschaftliche, aufbrausende und im übrigen gutmüthige Mensch wird sich weit mehr Verstöße gegen die Gefängnißdisciplin zu Schulden kommen lassen, als der nüchterne und überlegende, aber dabei von Grund aus verderbte Verbrecher, der in der sichern Hoffnung, früher die Freiheit zu erlangen, seine Selbstbeherrschung nicht verliert. In solchen Fällen würde man zu vollständig verkehrten Folgerungen gelangen.

Holtzendorff läßt eben bei seiner Deduction das Eingreifen des überlegenden Verstandes außer Rechnung und verkennt die totale Verschiedenheit des Verhältnisses des Willens zu äußern Thatsachen bei der Verübung des Verbrechens und in der Abbüßung desselben. Die von Holtzendorff gezogenen Schlüsse mögen demnach ungefähr eben so oft falsch sein als sie wahr sein können. So oft sich nun dieser Rückschluß, durch welchen Holtzendorff die nachträgliche Kürzung mit dem Prinzip, daß in der That allein die Vorbedingung für die Höhe und Dauer der Strafe liege, vereinigen will, als unrichtig ergeben würde, dürfte, wenn man diese theoretische Rechtfertigung aufrecht erhalten wollte, die Kürzung trotz des besten Verhaltens des Sträflings nicht eintreten. Die Kürzung kann aber wiederum von keiner andern Voraussetzung abhängig gemacht werden als von dem guten Verhalten; — andernfalls würde der ganze Zweck und Erfolg einer solchen Einrichtung vereitelt werden. So oft aber die Kürzung trotz des Ermangelns der Richtigkeit des Rückschlusses einträte, so oft würde die „definitive Feststellung der Strafe“ eine Fiction, die Kürzung nichts als ein Strafnachlaß sein. Was endlich den Gewinn für größere Annäherung an die objective Gerechtigkeit, welche mit dieser Einrichtung ermöglicht sein soll, betrifft, so ist er schon darum Illusion, weil um der Vorausbestimmung der Strafe willen nur ein Bruchtheil der Strafe erlassen werden könnte. Wäre aber das Verhalten nach der That wirklich für die Erkenntniß des verbrecherischen Willens von so entscheidender Bedeutung, so müßte sich eine solche Kürzung als eine durchaus ungenügende darstellen und könnte von einer Adäquirung der Schuld mit der Strafe nicht die Rede sein. Dennoch kann nicht verkannt werden, daß dieser Einrichtung criminalpolitische Erwägungen, deren nähere Erörterung nicht hieher gehört[1]), von solcher Bedeutung zu Grunde liegen, daß sich die Strafgesetzgebung auf Grund ihrer socialen Aufgabe vielleicht berechtigt fühlen wird, dieser die Consequenz des Rechts aufzuopfern.

---

[1]) Hierüber vgl. Holtzendorff a. a. O. SS. 4. 5.

Um nun zu der Relativität des Gesetzes zurückzukehren, so reicht sie nur für die gewöhnlichen Fälle aus; für außergewöhnliche Fälle jedoch fordert die unendliche Verschiedenheit der Verschuldung ein Ueberschreiten der durch die relativ-bestimmte Strafe gezogene Grenzen. Dieses kann aber nicht schon durch die Thatsache, daß ein Fall vorliegt, in welchem die Bestrafung in keinem gerechten Verhältniß mehr stünde, sondern nur dann und in so weit gestattet sein, als das Gesetz hiezu den Richter ausdrücklich ermächtigt.

So weit ist man hinsichtlich der Strafänderung einig; anders verhält es sich jedoch hinsichtlich der Frage, ob eine derartige Ermächtigung allgemein oder nur auf Grund vom Gesetze festgestellter Aenderungsgründe gestattet werden solle. Für ersteres System treten neuerdings auch in der Doktrin manche in die Schranken, so insbesondere Berner[1]) und Hälschner[2]), letzterer gegen Köstlin.[3]) Außer Frage bleibt dabei das Schärfungsrecht, da dasselbe aus politischen Gründen als ein allgemeines verworfen wird.

Gegen die Aufstellung bestimmter Milderungsgründe wird aber eingewendet, daß hiedurch für die Vielfältigkeit der concreten Fälle keine genügende Vorsorge getroffen werden könne, insbesondere könne im concreten Falle das für den besondern Thatbestand des Verbrechens vom Gesetzgeber vorausgesetzte Maß der Schuld möglicherweise nicht zutreffen, oder es erweise sich im concreten Fall trotz des Vorhandenseins der faktischen Voraussetzungen des Thatbestands doch die Schlußfolgerung, welche der Gesetzgeber hievon auf die Schuld gezogen, als unrichtig, was insbesondere der Fall sei bei manchen Momenten, welche keine Verallgemeinerung zuließen, aber gerade im einzelnen Fall in so geringem Grade vorhanden sein könnten, wie sie der Gesetzgeber sicherlich nicht vorausgesetzt habe.[4]) Das ist nichts anderes, als die von Feuerbach so scharf bekämpfte Interpretationstheorie; was Feuerbach gegen diese einzuwenden hatte, wird auch jetzt noch als richtig anerkannt werden müssen.[5]) Die Anwendbarkeit einer Strafbestimmung von Voraussetzungen abhängig machen, welche man als die des Gesetzgebers zu erkennen glaubt, ohne hiefür einen sichern Anhaltspunkt zu haben, heißt nichts anderes, als dieselbe von der Prüfung ihrer materiellen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit bedingen. Daß aber hiemit ein Uebergriff in das Gebiet der Gesetzgebung gemacht wird, bedarf keines Beweises.

---

[1]) Berner, Kritik über die neue bayr. Strafgesetzgebung.

[2]) Hälschner, preußisches Strafrecht II. 1. p. 477—488.

[3]) Köstlin, Neue Revision §. 212. 213. 599. 601.

[4]) Hälschner a. a. O. p. 481. Bei den sog. gemeingefährlichen Verbrechen sei die Wahrscheinlichkeit einer Gefahr für Leben, Gesundheit, Eigenthum ein wesentliches Moment des Thatbestandes; im einzelnen Falle aber könne die Möglichkeit der Gefahr eine so entfernte sein, wie sie der Gesetzgeber sicher nicht vorausgesetzt habe. Man vergleiche hiemit oben die Doktrin des XVIII. Jahrhunderts p. 56 u. 60.

[5]) Vergleiche oben p. 64.

Der gewichtigste Punkt aber, der für eine allgemeine Ermächtigung spricht, ist offenbar der, daß in manchen Fällen nur die Combination von die Schuld modifizirenden Umständen eine Milderung geboten erscheinen läßt. Für solche ganz unvorhersehbare Fälle ist aber jedenfalls die Begnadigung die richtige Ausgleicherin, da die Gesetzgebung nur für die gewöhnlichen voraussehbaren zu sorgen hat. Der Fehler der Gesetzgebung lag eben, wie schon früher erwähnt, darin, daß sie der Begnadigung das Feld räumte, wo sie selbst noch zur Wirksamkeit berufen gewesen wäre. Für die Würdigung der Verschuldung in den concreten Fällen nur durch die Aufstellung bestimmter Milderungsgründe sorgen zu wollen, wäre eben so unrichtig, als auf die Feststellung derselben wegen der Unmöglichkeit, für alle Fälle Vorsorge zu treffen, ganz verzichten zu wollen. Es müssen jedenfalls im Voraus die Strafrahmen für die einzelnen Delicte in einer Weise gesteckt worden, daß sie die gewöhnlichen Fälle umfassen.

Sich dann mit den vom Gesetz aufgestellten Milderungsgründen nicht begnügen zu wollen, ist eine Forderung, welche zu einer größern Willkühr als die der Doktrin des XVI. und XVII. Jahrhunderts führen würde, der gegenüber Niemand mit dem Vorwurfe des heillosesten Unfugs und der größten Zügellosigkeit freigebiger ist, als Hälschner. Die Grenzen, welche er zwischen Gesetz und richterlicher Gewalt zu ziehen versucht, hatte diese Doktrin auch gesteckt. Auch sie gestattete eine Aenderung nur auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung, welche sie eben im Voraus für gegeben erachtete, auch sie suchte die Gründe aus dem Gesetze zu entwickeln, nur eben nicht mit der Philosophie des XIX. Jahrhunderts, auch sie hatte ein Maß für die Milderung gesteckt und zwar ein ziemlich beschränktes, da sie ja oft nur in der Umwandlung einer härtern in eine leichtere Todesstrafe bestand. Gerade diese Doktrin zeigt aber, daß eine Begränzung, die darin bestehen soll, daß eine Aenderung der Strafe nur auf Grund einer ausdrücklichen Ermächtigung stattfinde, illusorisch wird, sobald von vornherein die Ermächtigung allgemein ertheilt wird. Eine Feststellung gewisser Prinzipien aber, wornach der Strafsatz verlassen werden darf, wird in den neueren Gesetzgebungen um so mehr nothwendig sein, als sie keineswegs von einer bestimmten Theorie aus im Detaile verarbeitet sind. Solche Prinzipien verdienen aber nicht den Vorwurf abstracter Allgemeinheiten, wie Hälschner die von Köstlin aufgestellten bezeichnet, sie sind vielmehr der Ausdruck der Anschauungen, von welchen sich der Gesetzgeber leiten ließ. Daß diese in der Anwendung von den Organen der Rechtspflege getheilt werden, hiefür hat der Gesetzgeber nur dann Garantieen, wenn er sie ausspricht, selbst dann wenn die Anwendung in die Hände der durchgebildetsten Juristen gegeben ist. Um so viel mehr ergibt sich diese Nothwendigkeit, wenn Geschworne über die Milderung zu sprechen haben. An diese kann man im Ernst nicht die Anforderung stellen, die Verschuldung aus juristischen Gründen zu würdigen. Zeichnet ihnen die Gesetzgebung die Gründe nicht vor, welche sie als Milderungsgründe anerkennt, so überliefert sie ihnen das

Begnadigungsrecht, was um so weniger zulässig ist, als man auch an dieses die Anforderung stellt, im Dienste der Gerechtigkeit thätig zu sein. Daß aber gewisse Gründe aufgestellt werden können, hat die Doktrin wie die Gesetzgebung hinlänglich gezeigt; ihre Uneinigkeit über den Umfang und die Bedeutung selbst allgemein anerkannter läßt die Nothwendigkeit einer gesetzlichen Feststellung gewiß nicht in Abrede stellen.

Der Widerwille, der sich dennoch dagegen äußert, hat seine Begründung in der Besorgniß, es möchten sich doch für concrete Fälle Härten ergeben, in dem Wunsch, der concreten Verschuldung soviel nur immer möglich gerecht zu werden. Man hat offenbar verkannt, daß letzteres ohnedieß nur bis zu einem gewissen Grade möglich ist und daß das Strafrecht die Subjectivität des Verbrechers nur in soweit zu berücksichtigen hat, als sie sich in der That dargestellt hat. Man hat deßgleichen verkannt, daß die Würdigung der concreten Verschuldung noch eine andere Seite hat, nämlich die, daß die verbrecherische That auch von keiner geringern als der verdienten Strafe betroffen werden soll, und daß diese nicht beachtete mit der zu hoch gewertheten sich in der Aufgabe des Strafrechts in der Wiederherstellung der Einheit des Einzelwillens mit dem verletzten Allgemeinwillen vereinigt, eine Aufgabe, welcher durch übermäßige Milde nicht Eintrag gethan werden darf.

Berichtigungen.

S. 1 Marginale l. quaestiones st. quaestione.
„ 3 Note 1 Zeile 8 l. Juliam st. Jullam.
„ 3 Note 1 Zeile 14 l. erforbere st. erforbern.
„ 7 Note 4 Zeile 6 l. der st. die.
„ 11 Note 4 letzte Zeile l. ἁμφ' st. ἀμφ'.
„ 12 Note 3 Zeile 10 l. ne st. re.
„ 13 Note 2 Z. 4 l. afficiendos st. officiendos.
„ 14 Note 3 Z. 2 l. umfassend st. umfallend.
„ 17 Z. 13 l. publicorum st. publicorem.
„ 19 Note 5 Z. 1 l. causae st. causa.
„ 33 Zeile 14 l. gnade st. gaade.
„ 33 Z. 14 l. vnnd st. vund.
„ 33 Z. 17 l. nur st. nun.
„ 33 Note 2 Z. 1 l. vnnd st. vund.
„ 34 Z. 8 l. Richten st. Richter.
„ 34 Z. 23 u. 24 l. vnnd st. vund.
„ 34 Z. 28 l. seine st. seiner.
„ 41 Z. 21 l. den st. dem.
„ 45 Note 1 Z. 3 l. den st. dem.
„ 45 letzte Z. l. Beispiele st. Beispiel.
„ 46 Note 2 Z. 2 l. jugent st. jirgent.
„ 54 Z. 17 l. anerkennt st. anerkannt.
„ 55 Note 5 Z. 2 ergänze nach legislat. est.
„ 59 Z. 3 l. verum st. rerum.
„ 68 Z. 29 ist nach justitiae zu ergänzen zu Grunde lag.
„ 73 Z. 28 l. Freiheitsstrafe st. Freiheitsstrafen.
„ 76 Z. 29 l. seiner st. seine.
„ 78 Z. 5 ergänze nach Richter geben.
„ 78 vorletzte Z. l. den st. dem.
„ 86 Note 1 Z. 3 l. lesquelles st. les quelles.
„ 89 letzte Zeile ergänze nach Straffenats des Obertribunals.
„ 90 Z. 24 l. mit der Formel st. mit dem formell.
„ 90 Z. 30 l. circonstances st. constances.
„ 97 Note 2 Z. 5 l. p. 54 statt p. 64.
„ 98 Z. 3 l. Ehrenfolgen st. Ehren folgen.
„ 98 Z. 4 l. besondere st. besondern.
„ 100 Zeile 3 l. psychischen st. physischen.
„ 105 Z. 15 l. um st. nur.
„ 105 Z. 21 nach Erwägung setze ein Komma statt Strichpunkt.
„ 106 Z. 16 l. auch st. auf.
„ 106 Z. 17 l. sowie der st. sowie die.
„ 106 Z. 28 l. erweiterte st. erweitert.
„ 109 Z. 22 l. Gestattung st. Gestaltung.
„ 112 Z. 9 l. 1803 st. 1863.
„ 115 letzte Zeile l. wornach st. worauf.
„ 116 Note 6 l. hannöh. R. st. hannöv. St.